Sammlung der

Sammlung

der

Entscheidungs-Gründe

des

Ober-Appellations-Gerichts

der

freien Städte Deutschlands

zu Lübeck

in

bremischen Civil-Rechtssachen

aus

den Jahren 1873 bis 1879.

Herausgegeben

von

Stadtländer und Dr. Lahusen,

Richter in Bremen.

Bremen 1883.

Verlag von J. Kühtmann's Buchhandlung

U. L. Fr. Kirchhof 4.

Vorwort.

In dem vorliegenden Bande veröffentlichen wir die Entscheidungen, welche das Ober-Appellations-Gericht zu Lübeck in Bremischen Civilrechts-Sachen während der Jahre 1873—1879 abgegeben hat. Die bis 1873 ergangenen Entscheidungen sind bereits edirt worden; im Herbst 1879 wurde das Ober-Appellations-Gericht aufgelöst: unsere Publication bildet daher den nothwendigen Abschluß des ganzen Werkes.

Dieselbe dürfte trotz der stark anschwellenden Sammlung von Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts noch immer von hervorragendem Interesse sein. Denn während die Competenz des Reichsgerichts nur eine beschränkte ist, umfaßte die Rechtsprechung des Ober-Appellations-Gerichts das gesammte Bremische Rechtsleben, welches durch dieselbe in sehr wesentlichen Beziehungen seine Ausgestaltung und Fortbildung erfahren hat. Zugleich aber dürften diese Entscheidungen des ehemaligen — so ehrwürdigen wie hochberühmten — Lübecker Gerichtshofes, welche in ihrer größeren Hälfte Fragen des gemeinen Rechts mit anerkannter Meisterschaft behandeln, es wohl verdienen, daß die Aufmerksamkeit weiterer juristischer Kreise des deutschen Vaterlandes auf sie gelenkt werde.

Wir haben lediglich diejenigen Urtheile in unsere Sammlung aufgenommen, welche Anspruch auf bleibenden Werth erheben können. Ausgeschieden sind daher einerseits die Erörterungen über Fragen des Prozeßrechts, soweit dieselben nicht auch noch unter der Herrschaft des heutigen Prozedursystems Interesse haben, und andererseits alle solche Entscheidungen, welche rechtliche Gesichtspunkte von Bedeutung nicht bieten; es sei denn, daß die Art der Behandlung den Stempel der Classicität trage.

Bremen, im April 1883.

Die Herausgeber.

Namen-Register.

(Der Name des Klägers ist vorangestellt, auch wenn Beklagter Appellant war.)

Alphabetisches Sachregister

A.

Seit

F.

G.

1.

H. H. Lücke in Bremen, Kläger, wider Johann Ernst Philipp Segelke daselbst, Beklagten, Kauf eines Hauses betreffend.

Urtheil vom 18. Januar 1873.

Die Uebereinstimmung des Willens mit einer in genügender Weise ausgedrückten Willenserklärung muß bei einem der Vernunft und der Sprache mächtigen Menschen angenommen werden. Die mangelnde Ernstlichkeit des Willens ist gegenbeweislich darzuthun.

Der Unterhändler (Makler) ist nicht schon wegen dieser Eigenschaft ein verdächtiger Zeuge im Prozeß über das vermittelte Geschäft; die Möglichkeit eines Regreßanspruches einer Partei gegen ihn macht ihn zum verdächtigen, nicht zum unfähigen Zeugen.

Der Thatbestand ergiebt sich aus den folgenden Ausführungen des Ober-Appellationsgerichts:

Der Kläger, welcher in der Revisionsinstanz mit seiner Klage auf Vollziehung eines Hauskaufes abgewiesen worden ist, verlangt in seiner als grav. I bezeichneten alleinigen Beschwerde die Wiederherstellung des ihn zum Erfüllungseid zulassenden Erkenntnisses erster Instanz. Dieser Beschwerde mußte schon auf Grund der bisherigen Beweis-Verhandlungen, wiewohl mit Erstreckung der Eidesleistung auf die Thatsache des Kauf-Abschlusses, entsprochen werden.

Die Klage stützt sich auf die doppelte Behauptung, daß der Beklagte am Abend des 6. Septbr. 1871 den Unterhändler E. Meyer beauftragt habe, das Haus des Klägers Petristraße Nr. 7 für

5300 Thlr. Gold für ihn zu kaufen, und daß Meyer darauf am folgenden Morgen diesen Kauf Namens des Beklagten mit dem Kläger abgeschlossen habe.

I., Prüft man, soviel die erste dieser Behauptungen betrifft,

1., den Inhalt der Zeugenaussagen, so wird der Beweissatz von dem Unterhändler E. Meyer auf das Bestimmteste bestätigt. Meyer giebt an, der Beklagte habe am Abend vor der Thierschau (6. Septbr. 1871) im Locale bei Miesegades nach längerem Gespräche zu dem Zeugen gesagt,

> er wolle ihm auch etwas zu verdienen geben; wenn Zeuge das Haus des Klägers zu 5300 Thlr. bekommen könne, frei von Kosten, so solle er hiemit dazu ermächtigt sein.

Der Zeuge will diesen Auftrag nicht gleich acceptirt haben, später aber darauf zurückkommend den Beklagten gefragt haben, ob es sein Ernst damit gewesen sei. Beklagter habe nun gesagt, es sei sein voller Ernst, und Zeuge habe erwidert, er werde es versuchen.

Zu diesem völlig erschöpfenden Zeugnisse kommen dann hinzu die Aussagen von Weyhusen und Miesegades. Der Erstere giebt an, an dem fraglichen Abend habe E. Meyer davon gesprochen, daß er noch billige Häuser an der Hand habe, z. B. das des Klägers zu einem dem Zeugen nicht mehr erinnerlichen Preise. Beklagter habe darauf zu Meyer gesagt,

> wenn sie es kaufen können dazu, dann kaufen Sie es einmal für mich, oder dergleichen.

Zeuge habe dies nicht als einen ernsthaften Auftrag aufgefaßt, und habe dies hernach dem Meyer zu erkennen gegeben, der es, wie es geschienen, als wirklichen Auftrag aufgefaßt habe.

Miesegades hat erklärt, der Beklagte habe an jenem Abend sich gegen E. Meyer geäußert,

> er sollte das Haus des Klägers zu 5300 Thlr. für ihn kaufen.

Dem Zeugen habe es jedoch nicht so geschienen, als ob es mit diesem Auftrage Ernst sei, da Beklagter sehr aufgeregt gewesen sei und etwas im Kopfe gehabt habe. E. Meyer habe aber den Auftrag als ernst aufgenommen und am andern Morgen dem Zeugen mitgetheilt, daß er das Haus für den Beklagten gekauft habe, worauf Zeuge ihn darauf aufmerksam gemacht habe, es sei dem Beklagten nicht ernst gewesen, und sie sich darüber erzürnt

hätten. Der Zeuge setzt aber hinzu, er könne nicht gerade behaupten, daß Meyer es hätte merken müssen, es sei dem Beklagten nicht ernst mit dem Kauf; so stark sei Beklagter nicht angetrunken gewesen.

Faßt man diese Aussagen zusammen und erwägt, daß sie in Bezug auf die Auftragsertheilung selbst durch keine abweichende oder widersprechende Aussage geschwächt werden, so ist ihr Inhalt entschieden günstig für den Kläger, und, die Glaubwürdigkeit aller drei Zeugen vorausgesetzt, würde man kaum ein Bedenken haben können, den Beweis der ersten Behauptung für vollständig geführt zu halten. Der Beklagte hat soviel selbst eingeräumt, daß er an dem fraglichen Abend über den Ankauf des klägerischen Hauses mit Meyer gesprochen und ihm einen darauf bezüglichen Auftrag ertheilt habe, seiner Behauptung nach soll der Inhalt dieses Auftrags nur nicht auf sofortigen Abschluß des Kaufs zu 5300 Thlr., sondern bloß auf Einleitung von Verhandlungen über den Ankauf gegangen sein. Gerade diese Vertheidigung findet in den Zeugenaussagen ihre bestimmte Widerlegung. Nicht bloß Meyer versichert, den Auftrag zu definitivem Abschluß des Kaufes für 5300 Thlr., erhalten zu haben, sondern daß der Beklagte sich eben in diesem Sinne gegen Meyer geäußert habe, wird auch von den beiden andern Zeugen bestätigt; und zwar von Miesegades mit ausdrücklicher Angabe des Kaufpreises von 5300 Thlr, während Weyhusen sich der Summe nicht mehr erinnert, aber darin übereinstimmt, daß Beklagter den Auftrag gegeben habe, „dazu“ d. h. zu dem von Meyer ihm mitgetheilten Preise, zu kaufen, und die damalige Mittheilung Meyer's unbestritten (wie schon in der Vernehmlassung auf die Klage eingeräumt wurde) eben auf 5300 Thlr., ging. Das einzige, was einen Schein für die Vertheidigung des Beklagten geben könnte, besteht darin, daß nach Weyhusen's Angabe der Beklagte sich des Ausdrucks, „kaufen Sie es einmal für mich“ oder ähnlicher Worte bedient haben soll. Allein wenn doch auch nach diesem Zeugen Beklagter seinen Auftrag bereits auf den Kauf zu einem bestimmten Preise richtete, so läßt sich der Ausdruck „einmal“ nicht von dem Willen, bloß vorläufige Verhandlungen einzuleiten, sondern nur davon deuten, daß Beklagter keinen sofortigen Abschluß bei der ersten Besprechung Meyer's mit dem Kläger erwartete.

Etwas mehr Gewicht hat das andere Bedenken, ob die bezeugte Auftragsertheilung als eine ernstliche aufzufassen sei. Daß der Beklagte in seiner ersten Vertheidigung sich nicht darauf berufen hat, der von ihm ertheilte Auftrag sei kein ernstlicher gewesen, kann die Erwägung dieses Punctes freilich nicht entbehrlich machen. Andererseits bestand die Aufgabe des Klägers als Beweisführers nur darin, solche Worte oder schlüssige Handlungen des Beklagten darzuthun, wodurch der Wille der Auftragsertheilung in genügender Weise ausgedrückt wurde, also eine Erklärung des Beklagten, welche sich äußerlich als Ertheilung eines wirklichen Auftrags darstellte. Die Uebereinstimmung des Willens muß dann, wie schon das Erkenntniß erster Instanz ausgeführt hat, bei einem der Vernunft und der Sprache mächtigen Menschen gefolgert werden; und nur als Gegenbeweismoment kommt die Frage in Betracht, ob und inwieweit der Nachweis des Willensausdruckes durch das, was sich in den Zeugenaussagen über mangelnde Ernstlichkeit des Willens findet, geschwächt werde. Die vorliegenden Zeugenaussagen aber ergeben bestimmt eine jenem Erforderniß entsprechende Erklärung des Beklagten, und nur geringe Momente dafür, daß dieselbe nicht ernstlich gemeint gewesen sei. Meyer will den Auftrag nicht sofort acceptirt haben, weil ihm der Preis nicht hoch genug geschienen, versichert aber, daß der Beklagte nachher auf eine ausdrücklich deshalb an ihn gerichtete Frage erklärt habe, es sei sein voller Ernst mit dem Auftrage. Die Zeugen Weyhusen und Miesegades faßten freilich beide die Aeußerung des Beklagten nicht als ernstlichen Auftrag auf, Letzterer mit den Worten „es schien mir jedoch nicht so, als ob es u. s. w." Allein die von ihnen referirte Außerung des Beklagten läßt in ihrem Inhalt nichts von Scherz erkennen, und während Miesegades sich dafür bloß darauf beruft, daß Beklagter etwas im Kopfe gehabt habe, in welchem Zustande derselbe ausnahmsweise hochdeutsch zu sprechen pflege, hat Weyhusen gar keinen Grund für seine Auffassung angegeben. In den Aussagen beider Zeugen liegt aber dafür, daß der Auftrag sich äußerlich als ein ernstlicher dargestellt habe, insofern eine Bestätigung, als beide anerkennen, Meyer habe den Auftrag als wirklichen aufgefaßt. Weyhusen, welcher sagt, „Meyer schien es als wirklichen Auftrag aufgefaßt zu haben,"

hielt es deshalb seiner Angabe nach für nöthig, denselben hernach aufzufordern, er möge das nicht so für baare Münze annehmen. Miesegades sagt geradezu, „Meyer nahm aber den Auftrag als ernst auf," und fügt noch hinzu, er könne gerade nicht behaupten, daß Meyer den Mangel des Ernstes habe merken müssen, da Beklagter so stark nicht angetrunken gewesen sei. Durch diesen letzteren Zusatz verliert auch die Angabe des Zeugen, daß er sich am andern Morgen mit Meyer im Gespräche über den mitgetheilten Kaufabschluß erzürnt habe, alles Gewicht, was ihr sonst etwa beigelegt werden könnte; eine Angabe übrigens, worüber Meyer keine Gelegenheit gehabt hat, sich wieder zu äußern. Wesentlich unterstützt wird endlich die Ernstlichkeit der Erklärung des Beklagten dadurch, daß er selbst zugesteht, einen wirklichen Auftrag an Meyer gegeben zu haben, der nur nicht auf definitiven Abschluß gegangen sein soll.

Die eventuell vom Beklagten vorgeschützte Einrede der Trunkenheit bedarf nach dem Inhalt der Zeugenaussagen keiner besonderen Widerlegung.

Hiernach kommt es

2., auf die Glaubwürdigkeit der vernommenen Zeugen an. Die der Zeugen Weyhusen und Miesegades, — Letzterer wurde vom Beklagten selbst denominirt — ist unbestritten. Es handelt sich daher nur um die Glaubwürdigkeit Meyer's.

Meyer ist Unterhändler in Häusern, und zwar, wie vorausgesetzt werden muß, unbeeidigter. Er kann daher die erhöhte Glaubwürdigkeit, welche früher in mehreren Fällen den amtlich bestellten beeidigten Mäklern zugeschrieben worden ist, nicht für sich in Anspruch nehmen. Andererseits ist das Interesse, welches er wegen der Provision an der Sache haben kann, seiner Geringfügigkeit wegen ohne alles Gewicht. Nicht nur hinsichtlich der Provision von Mäklern, sondern auch überhaupt hinsichtlich eines ganz geringen in Frage stehenden Vortheils ist das wiederholt vom Ober-Appellationsgericht ausgesprochen worden;

Frkf. Götz ca. Horix. Febr. 1852. (Vereinssamml. Bd. 3. S. 26).
„ Hitzel w. Söldner. Decbr. 1856. (Ebendas. S. 21).
„ Main-Dampfsch. w. Lehmann. Decbr. 1857. (Ebendas. S. 401 f.)
„ Strohecker w. Strohecker Debitm. April 1860. (Dies. Samml. Bd. 5. S. 260).
Hamb. Droop & Co. w. Biggs. April 1861. (Hamb. Samml. Bd. 4. S. 116).

und ebenso muß davon ausgegangen werden, daß ein Proxenet nicht schon wegen dieser Eigenschaft als verdächtiger Zeuge angesehen werden darf.

Vrgl. Br. Bockelmann w. Poppe. März 1817 (Seuffert, Archiv Bd. 2. No. 105).

Hamb. Jungclaus w. Henken. Mai 1862 (Hamb. Samml. Bd. 4. S. 416 und Seuffert Bd. 16. No. 84).

Es fragt sich daher nur, wie es sich mit der Verantwortlichkeit des Zeugen dem Kläger gegenüber verhalte. Hierauf aber konnte kein so entscheidendes Gewicht gelegt werden, wie es von Seiten des Obergerichts in dem jetzt angefochtenen Erkenntniß geschehen ist. Es läßt sich nicht sagen, daß der Zeuge nicht auch zu Ungunsten des Klägers hätte aussagen können, ohne sich einem erheblichen Regreßanspruch desselben auszusetzen. Für welchen Grad von Verschuldung ein Unterhändler in seinem Vermittlungsgeschäft zu haften habe, kann unentschieden bleiben. Denn erwägt man, daß es sich hier überall nur um die verschiedene Auffassung eines zugestandenermaßen ertheilten Auftrages handelt, so würde der Zeuge jedenfalls nur regreßpflichtig sein, wenn er dem Kläger eine Offerte überbracht hätte, welche er als eine nicht ernstlich gemeinte hätte erkennen müssen. Von einer Verantwortlichkeit, welche sich ohne Weiteres an die Abweisung der Klage knüpfte, kann also keine Rede sein. Nach Inhalt der jetzigen Proceßacten liegt aber auch nicht einmal eine bestimmte Wahrscheinlichkeit vor, daß der Kläger mit Erfolg seinen Regreß gegen den Zeugen würde nehmen können. Denn dafür, daß Meyer gleich bei Ertheilung des Auftrags die Ansicht hätte gewinnen müssen, der Beklagte habe nur im Scherz gesprochen, ist nicht das mindeste Anzeichen hervorgetreten. Im Gegentheil hatten sowohl Weyhusen als Miesegades den Eindruck, daß Meyer den Auftrag als ernstlichen aufnahm, und Miesegades bezeugt noch besonders, er könne nicht behaupten, daß Meyer es hätte merken müssen, es sei dem Beklagten nicht ernst mit dem Kauf. Eben so wenig ist constatirt, daß Meyer zwischen der Auftragsertheilung und dem Abschluß am andern Morgen zu der Erkenntniß hätte kommen müssen, der Auftrag sei kein ernstlich gemeinter. Der Umstand, daß Weyhusen ihm noch an jenem Abend gesagt haben will, er möge die Sache nicht so für baare Münze annehmen, beruht nur

auf der alleinigen Aussage Weyhusen's. Aber auch die Wahrheit desselben vorausgesetzt, läßt sich doch nicht behaupten, daß Meyer, wenn er als Unterhändler von Beruf sich durch eingehendes Gespräch mit dem Beklagten von einer ernstlichen Auftragsertheilung desselben überzeugt hielt, durch jede Einrede eines Dritten darin hätte schwankend werden müssen, und es ihm als Vorwurf anzurechnen wäre, wenn er sich vor Abschluß mit dem Kläger den Auftrag nicht erst nochmals vom Beklagten bestätigen ließ. Das Gespräch endlich, welches der Zeuge Miesegades am andern Morgen gleich nach dem Vertragsabschluß mit Meyer gehabt haben will und wobei sie sich nach des Zeugen Angabe über ihre abweichenden Auffassungen erzürnten, kommt selbstverständlich bei der Verantwortlichkeit für den Abschluß nicht in Betracht. Es zeigt aber andererseits, wie Meyer, wenn er durch jenes Gespräch an der Ernstlichkeit des Auftrages irre geworden wäre, ohne Besorgniß vor Verantwortlichkeit, zu Ungunsten des Klägers hätte aussagen können: er habe den Auftrag des Beklagten als einen ernstlichen aufgefaßt und deshalb mit dem Kläger abgeschlossen, sei aber gleich darauf durch Miesegades zweifelhaft darüber geworden und müsse nach dessen Mittheilungen die Möglichkeit anerkennen, daß Beklagter nur einen Scherz gemacht haben möge.

Es muß bei dieser Lage der Sache zwar zugegeben werden, daß den Meyer eine Verantwortlichkeit treffen kann, wenn der Kläger noch weitere Momente dafür beizubringen vermöchte, daß Meyer schon vor dem Abschluß den Auftrag des Beklagten als einen nicht ernstlich gemeinten hätte erkennen müssen. Es bleibt aber völlig im Ungewissen, ob der Kläger dazu im Stande sein wird. Und in solchen Fällen, wo ebensowohl die Begründung einer Verantwortlichkeit. als ihr etwaiger Umfang, noch ganz im Unklaren ist, darf die Glaubwürdigkeit eines Zeugen nicht als aufgehoben, sondern nur als geschwächt angesehen werden, wie das Ober-Appellationsgericht mehrfach erkannt hat.

Fr. Kurzrock c. Henrich. Septbr. 1853. (Frankf. Vereinssamml. Bd. 1 S. 4,)
H. Brodersen & Rohde c. Oppenheimer. Novbr. 1867. (Kierulff Samml. Bd. 3. S. 929—934).

Meyer ist sonach nur ein verdächtiger Zeuge, und es hängt vom richterlichen Ermessen ab, wieviel Gewicht auf seine Aussage

zu legen sei. Wenn man nun auch berücksichtigt, daß bei Meyer keine volle Unbefangenheit vorauszusetzen ist, sofern es ihm widerstreben mußte, einen Irrthum in der Auffassung des beklagtischen Auftrags einzuräumen und dadurch seine Zuverlässigkeit als Unterhändler bloszustellen, so zeigen doch andererseits alle Umstände, mit Einschluß des von Miesegades berichteten Gesprächs am Morgen des 7. September, daß er von Anfang an die bestimmte Ueberzeugung von der Ernstlichkeit des erhaltenen Auftrags kund gab, und seine detaillirte Angabe über den empfangenen Auftrag selbst kann nur den Eindruck machen, daß sie eben aus dieser bestimmten Ueberzeugung hervorgegangen sei. Die Beweiskraft seines Zeugnisses durfte daher nicht gering angeschlagen werden.

3. Faßt man das Ergebniß zusammen, so wird das Zeugniß Meyer's nach dem Obigen durch die Aussagen der classischen Zeugen Weyhusen und Miesegades in so erheblicher Weise unterstützt, daß der klägerische Beweis, nach der von der Bremischen Gerichtsordnung beibehaltenen Ausdrucksweise, für mehr als zur Hälfte geführt erachtet, und folgeweise der Vorschrift in § 262 der gedachten Gerichtsordnung gemäß dem Kläger der Erfüllungseid zuerkannt werden mußte, ungeachtet es sich um eine Thatsache handelt, wovon nur der Beklagte und nicht der Kläger eigne Wissenschaft hat.

2.

Marie Amalie Goltermann geb. Müller zu Bremen und Consorten, Intervenienten, wider Marie Emilie Nagel, nunmehr des Johann Friedrich Bockelmann Ehefrau, Interventin zur Sache der letzteren, Klägerin wider Dr. Johann Pavenstedt und Ernst Franz Theodor Goltermann zu Bremen, Beklagte, Erbansprüche betreffend.

Urtheil vom 15. Februar 1873.

Ein Domicil wird weder durch den Aufenthalt zum Zwecke von Universitätsstudien noch durch die Erfüllung der gesetzlichen Militärpflicht begründet.

Die Bremische Form der Testamentserrichtung vor zwei Rathsherrn ist nicht bloße Beweisform.

Ein in Bremen domicilirter Bremischer Staatsangehöriger, welcher außerhalb Bremen im Preußischen Heere dient, kann in der Form des Preußischen Gesetzes vom 8. Juni 1860 über die militärischen Testamente ein Testament errichten.

Verschiedenes zur Auslegung dieses Gesetzes.

Die Errichtung eines Testamentes fällt nicht zusammen mit der schriftlichen Fixirung des letzten Willens.

„Ich vermache mein ganzes Vermögen. . ." — eine gültige Erbeinsetzung.

Legat in Form einer Bedingung der Erbeinsetzung.

Das Urtheil führt hierüber Folgendes aus:

In der Sache selbst konnte dagegen die Appellation der Intervenienten für begründet nicht erachtet werden; vielmehr stellten sich die auf das Testament des von Buttel gestützten Erbansprüche der Klägerin als völlig liquid dar.

Auszugehen war davon, daß im Allgemeinen der vorliegende Erbfall nach Bremischem Rechte zu beurtheilen sei. Denn es ist allgemein anerkannt, daß die Erbfolge jedenfalls dann, wenn sie, wie in Bremen, eine Universalsuccession ist, sich nach dem Rechte desjenigen Ortes bestimmt, wo der Erblasser zur Zeit seines Todes sein Domicil hatte. Nun war aber der hier in Rede stehende Erblasser unbestritten in Bremen wohnhaft, wie er ja auch dort bevormundet wurde. Daß er sich unmittelbar vor dem Ausmarsche ins Feld zuletzt in Berlin aufhielt, um dort zu studiren und im Preußischen Heere sein Freiwilligenjahr abzudienen, kann dabei nicht in Betracht kommen. Denn Nichts steht in der Lehre vom Wohnsitze fester, als daß der Ort der Studien als solcher noch nicht Domicil ist,

l. 5. §. D. de iniur. 47, 10.
l. 2. C. de incolis 10, 39:

und wenngleich Berufssoldaten nach Römischem Recht, übrigens nicht einmal ausnahmslos, ihr nothwendiges Domicil am Orte ihres Standquartiers haben,

l. 23, § 1. D. ad munic. 50, 1,

so darf dies doch auf Diejenigen, welche nur ihrer gesetzlichen Militärpflicht nachkommen, nicht ausgedehnt werden.

Wetzell, Civilproceß. Aufl. 2. §. 40, S. 439, Anm. 49.

Der letzte Satz ist übrigens auch in dem Preußischen Rechte ausdrücklich ausgesprochen, nämlich in der

Declaration über die Anwendung der §§. 12 und 13 des Anhanges zur Allg. Gerichtsordnung, vom 31. März 1839, Preuß. Gesetzsammlung von 1839, S. 155 f.,

wo noch dazu dasselbe schlechthin für minderjährige Militärpersonen festgesetzt ist, zu denen von Buttel ebenfalls gehörte.

Was insbesondere

A., die äußere Form des Testamentes anlangt, so würde es auch in dieser Beziehung jedenfalls ausreichen, wenn der Erblasser nur den Vorschriften des Bremischen Rechtes entsprochen hätte. Aber es ist dabei allerdings die Erleichterung anzuerkennen, daß es auch genügen muß, wenn er nur diejenige Form beobachtet hat, welche für die Angehörigen des Preußischen Heeres, bei dem er sich zur Zeit der Errichtung des Testamentes in activem Dienste befand, ohne Unterschied ihres Domiciles oder ihrer Staatsangehörigkeit durch Preußisches Recht vorgeschrieben war. Denn Jeder, der sich in dienstlicher Eigenschaft in dem Heere eines bestimmten Staates, gleichviel auf welchem Staatsgebiete, befindet, steht insoweit auch unter dieses Staates legislativer Autorität, und es muß daher aus einer ähnlichen Rücksicht, wie eine solche zur Anerkennung des Satzes: „locus regit actum", geführt hat, einem solchen Soldaten verstattet sein, sich auch derjenigen äußern Geschäftsformen zu bedienen, deren Gebrauch die Gesetze des betreffenden Staates gerade den Angehörigen seines Heeres an die Hand geben. Also kam für die Beurtheilung der äußern Form des hier vorliegenden Testamentes auch das Preuß. Gesetz über die militärischen Testamente vom 8. Juni 1860 in Betracht, und zwar als solches, nicht etwa insofern sein Inhalt durch die Verordnung des Bremischen Senates vom 4. October 1867 auch als für die im Bremischen Staate dislocirten Bundestruppen maßgebend erklärt worden ist.

Einer weitern Erörterung über die äußere Form des fraglichen Testamentes bedürfte es freilich überhaupt nicht, wenn es richtig wäre, was

Post, Samtgut S. 120 u. 121 und Brem. Privatr. Bd. 2. Abth. 2. S. 255 f.,

im Anschluß an

Lampe, de testamentifactione Bremensi, Cap. I. §§. 11. 17—20. Cap. III. §. 1,

vorträgt, daß die auf Bremischem Gewohnheitsrecht beruhende Form der Testamentserrichtung vor zwei Rathsherren keineswegs eine Solennitätsform sei, wie die Römischen Testamentsformen, sondern nichts weiter als eine Beweisform, und daß überhaupt nach Bremischem Rechte zur Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung der irgendwie erweisliche Wille des Testators genüge. Da diese Auffassung jedoch jedenfalls für das heutzutage geltende Recht aller Begründung entbehrt; da vielmehr die Besonderheit des Bremischen Rechtes in dieser Materie nur darin zu finden ist, daß dem Testator neben den vom gemeinen Deutschen Rechte anerkannten Testamentsformen auch die Form der Errichtung vor zwei Rathsherren zu Gebote steht: so ist es klar, daß das vorliegende Testament vom Standpuncte des Bremischen Rechtes aus nur dann aufrecht erhalten werden könnte, wenn bei der Errichtung den Vorschriften der Notariatsordnung von 1512 über das gemeinrechtliche Militärtestament entsprochen sein sollte. Wie es sich in dieser Beziehung verhält, das bedarf jedoch um deswillen keiner Erörterung, weil jedenfalls den Erfordernissen, welche das Preußische Gesetz von 1860, §. 6. Abs. 1, No. 1, für das privilegirte militärische Testament aufstellt, genügt ist, so daß auch die Frage, ob nach No. 2 eben daselbst das Testament gleichfalls sich als gültig errichtet darstellen würde, unberührt bleiben kann.

Nach dem angeführten § 6, Abs. 1, No. 1 sind privilegirte militärische Testamente in gültiger Form errichtet, wenn sie von dem Testator eigenhändig geschrieben und unterschrieben sind, und nach § 5, Abs. 1 desselben Gesetzes beginnt die Befugniß, in Kriegszeiten ein solches Testament zu errichten, mit dem Augenblicke, wo die betreffende Person ihr Standquartier im Dienste verläßt. Nun steht in Ansehung der hier fraglichen Urkunde fest,

daß sie von dem Erblasser ganz eigenhändig geschrieben und unterschrieben ist, ferner daß er das mit Bleistift geschriebene „Postscriptum" nach dem Ausrücken aus dem Standquartier, nämlich zu Virming auf damals Französischem Boden, geschrieben und unterschrieben hat; bestritten ist nur, ob er den mit Tinte geschriebenen Haupttheil gleichfalls erst im Felde, oder schon vorher in seinem Standquartiere Berlin auf das Papier gebracht und unterzeichnet hat. Auf diesen letzten Punkt kommt nun aber Nichts an. Denn

1., vor Allem erklärt das Preuß. Gesetz das Testament für gültig errichtet, wenn es von dem Testator eigenhändig geschrieben und unterschrieben ist. Daß dieses eigenhändige Schreiben und Unterschreiben gerade erst nach dem Ausrücken aus dem Standquartiere geschehen sein müsse, ist in dem Gesetze nicht gesagt; nur die Errichtung des Testamentes muß nach diesem Zeitpuncte stattgefunden haben, wenn das Testament als ein privilegirtes soll gelten können; aber daß der Act der Errichtung gerade nur in dem Schreiben und Unterschreiben selbst bestehen könne, ist nicht anzunehmen. Vielmehr kann die Errichtung eben dadurch vorgenommen werden, daß der Soldat im Felde irgendwie seinen Willen zu erkennen giebt, der von ihm eigenhändig geschriebene und unterschriebene Aufsatz solle als sein Testament gelten.

Im vorliegenden Falle hat nun aber der Erblasser zweifellos dadurch diesen Willen zu erkennen gegeben, daß er das Schriftstück als sein Testament dem Hauptmann von Collas übergab, wie aus dem von den Intervenienten selbst beigebrachten Briefe des letztern hervorgeht.

2. Wollte man aber selbst diese Deduction nicht gelten lassen, so würde es doch jedenfalls genügen, daß der Erblasser das fragliche Schriftstück, wie es vorliegt, unbestrittenermaßen erst nach dem Verlassen des Standquartiers durch Hinschreiben und Unterzeichnen des „Postscriptum" zum Abschlusse gebracht hat. Daß die ganze Urkunde, um als Testament zu gelten, in einem ununterbrochenen Acte und an demselben Orte zu Stande gebracht sein müsse, ist in dem Gesetze weder angedeutet, noch läßt es sich vernünftiger Weise als vom Gesetzgeber beabsichtigt annehmen. Wenn ein auf dem Marsche befindlicher Soldat, der durch seine Verhältnisse zu einem umfangreicheren Testament veranlaßt ist,

dasselbe nur successiv zu Stande bringen kann, indem er täglich an den Rastorten ein Stück weiter daran schreibt, so hat dies sicher nicht ausgeschlossen sein sollen. In einem solchen Fall nun kann als Augenblick der Errichtung kein früherer als derjenige gelten, wo der Testator die Niederschreibung und Unterzeichnung vollendet hat, vorher war Alles, was er schrieb, nur Anfang eines zu errichtenden, aber noch kein errichtetes Testament. Verhält es sich so, dann kann es nach § 5 des Gesetzes überhaupt höchstens darauf ankommen, daß die schließliche Vollendung des Schriftstückes als solchen nach dem Verlassen des Standquartiers erfolgt sei, wenn auch ein Anfang mit der Niederschrift noch vor dem Ausmarsche am Orte des Standquartiers gemacht sein sollte.

Dieser Auffassung gegenüber würde nun freilich die Einwendung der Intervenienten in Betracht kommen, daß das hier in Rede stehende Schriftstück überhaupt nicht eine einheitliche Urkunde sei, sondern vielmehr auf demselben Papier zwei Urkunden in sich schließe, von denen die eine die Erbeinsetzung enthaltende noch in Berlin geschrieben und unterschrieben sei, die andere, im Felde vollzogene aber wegen Mangels einer Erbeinsetzung nicht als Testament gelten könne. Allein in Wahrheit bilden die beiden Theile, wie die Urkunde nun einmal vom Testator gestaltet worden ist, nur noch eine einzige Gesammtwillenserklärung. Kein Theil hat nach dem Willen des Testators eine selbstständige Geltung; der erste Theil nicht, weil er nicht mehr unverändert gelten soll; der zweite Theil nicht, weil er den ersten nur modificiren soll und ohne denselben nicht einmal verständlich sein würde.

Uebrigens würde sich

3., im Ergebnisse Nichts ändern, wenn man auch nur das „Postscriptum“ für sich als die nach dem Ausrücken aus dem Standquartier zu Stande gekommene eigenhändige Urkunde auffaßte. Denn schon damit würde der Erblasser ein gültiges Militärtestament nach §. 6. Abs. 1, No. 1 des Gesetzes errichtet haben, da es in Wirklichkeit, wie bald zu zeigen sein wird, an der Erbeinsetzung dabei nicht fehlen würde.

B., Ueberhaupt war nun aber die der Klage zu Grunde gelegte Urkunde auch noch darauf hin zu prüfen, ob es mit der **Erbeinsetzung der Klägerin** seine Richtigkeit habe.

In dieser Hinsicht konnte nun

1. das Bedenken entstehen, daß die Verfügung, wodurch die Klägerin bedacht wird, sich ihrem Wortlaute nach nicht als Erbeinsetzung, sondern als Universalvermächtniß darstellt („ich vermache mein ganzes Vermögen"). Jedoch muß eine solche Erklärung heutzutage, da nach

l. 15. C. de testam. 6, 23

die Erbeinsetzung an eine bestimmte Wortfassung nicht gebunden ist, nicht nur in Soldatentestamenten, sondern sogar überhaupt so lange für eine Erbeinsetzung, als das Einfachere und Näherliegende, gelten, als nicht besondere Gründe für das Gegentheil sprechen, insbesondere als nicht hervortritt, daß der Erblasser sich außerdem einen Andern als Erben oder als durch jene Anordnung Beschwerten gedacht habe.

Vergleiche auch

Puchta, Vorles. Bd. 2. § 473, und
Windscheid, Pandektenrecht, Bd. 3. § 546.
bei Anm. 8

2., Für den Fall, daß man das „Postscriptum" für sich allein als Testament auffassen wollte, würde freilich, wegen seiner Bezugnahme auf den mit Dinte geschriebenen Haupttheil

(„Ich bin fest überzeugt, daß Fräul. Marie Nagel die einzige Bedingung, die ich in Bezug auf Obenstehendes stelle, — — — erfüllen wird"),

eine stillschweigende Erbeinsetzung der Klägerin darin zu finden sein; aber an einer ausdrücklichen würde es allerdings fehlen, während eine solche doch nach

l. 19. D. de her. inst. 28, 5 und
l. 16. §. 1. D. de vulg. et pup. 28, 6,

deren praktische Geltung freilich bestritten wird, regelmäßig unerläßlich ist. Jedoch würde jedenfalls die Anwendung dieser Regel hier dadurch ausgeschlossen sein, daß man es mit einem Militärtestamente zu thun hat, d. h. nach gemeinem Rechte mit einem von einem Soldaten während eines Feldzuges errichteten.

l. 15. 17. C. de test. mil. 6, 21
pr. §. 3. J. de mil. test. 2, 11,

da es selbstverständlich ist, daß in einem solchen Testamente die stillschweigende Erbeinsetzung der ausdrücklichen an Wirksamkeit

ganz gleichstehen muß. Zwar könnte gegen die Herbeiziehung dieses Privilegs der Soldatentestamente eingewandt werden, daß der §. 4 des Preußischen Gesetzes von 1860 ausspricht:

> „Die Vorrechte der Militärpersonen in Beziehung auf diese letztwilligen Verordnungen bestehen allein darin, daß sie nach Maßgabe der nachstehenden Bestimmungen den für ordentliche Testamente vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht unterworfen sind“,

und daß der §. 14 desselben Gesetzes die entgegenstehenden Vorschriften des gemeinen Rechtes über militärische Testamente ausdrücklich aufhebt. Man könnte nämlich der Meinung sein, daß wenigstens, insofern das Testament gerade auf Grund des Preußischen Gesetzes für gültig errichtet erklärt werden solle, dann auch die dem Testamente ungünstigen Bestimmungen des Gesetzes zur Anwendung gelangen müssen. Allein diese Argumentation würde doch auf Billigung keinen Anspruch haben; denn die Beseitigung der sonstigen Privilegien der Militärtestamente, wie namentlich der auf den Inhalt und die Rechtswirkung bezüglichen, ist für die im Allgemeinen der Preußischen Gesetzgebung nicht unterstehenden Testatoren bedeutungslos, für welche das Preußische Gesetz vielmehr nur insofern in Betracht kommt, als es ihnen neben den äußern Testamentsformen ihres heimathlichen Rechtes zur Erleichterung noch die Möglichkeit der Benutzung einer andern Form eröffnet.

3, Einigen Zweifel konnte noch erregen, daß die Klägerin nur unter der **Bedingung** zur Erbin eingesetzt zu sein scheint, daß sie 500 Thlr. an die Verwundeten, resp. die Hinterbliebenen der Gefallenen der 6ten Compagnie des 2ten Garderegimentes vertheile, da sich in dem „Postscriptum“ diese „Bedingung“ ausdrücklich aufgestellt findet: man könnte also meinen, Klägerin hätte zur Begründung ihrer Klage anführen müssen, daß sie jene Vertheilung von 500 Thlr. vorgenommen habe. Das Obergericht erklärt in der That in seinem ersten Erkenntniß vom 6. Febr. 1871 (S. 21 f. der Entscheidungsgründe) die Erbeinsetzung geradezu für eine **bedingte**, während es freilich die eben erwähnte Consequenz daraus nicht gezogen hat.

Man mußte sich jedoch dafür entscheiden, daß diese „Bedingung“ dem Anspruche der Klägerin nicht im Wege stehe, viel-

mehr mit Recht von derselben nur als ein ihr auferlegtes Vermächtniß interpretirt werde. Das Wort Bedingung wird, wie auch schon das Römische condicio z. B. in

l 10, §. 1. D. de lege Rh. 14, 2 und
l. 39. D. mand. 17, 1,

im gewöhnlichen Leben häufig für irgend eine in einem Rechtsgeschäfte enthaltene nähere Bestimmung gebraucht, und Römische Juristen haben in

l. 8, §. 7. D. de cond. inst. 28, 7 und
l. 2, §. 7. l. 3. D. de don. 39, 5,

sogar eine dem eingesetzten Erben, beziehungsweise dem Beschenkten, gemachte Auflage als condicio bezeichnet. Den Ausschlag für die Auslegung, wonach man es auch hier mit einer Auflage, also mit einem Vermächtnisse, zu thun hat, mußten nun folgende drei Gründe geben. Einmal liegt es überhaupt näher, wenn der Testator von dem eingesetzten Erben eine Aufwendung an Geld verlangt, diese als eine erst aus der Erbschaft, nicht im Voraus aus den eignen Mitteln des Eingesetzten zu machende zu denken. Sodann müßte man besonders, nachdem die Klägerin einmal schon unbedingt eingesetzt war, eine nachdrücklichere Betonung einer etwa nachträglich gewollten Bedingung erwarten. Endlich drückt die vom Erblasser gebrauchte Wendung:

„Ich bin überzeugt, daß Frl. Marie Nagel — — erfüllen wird,"

abgesehen von dem in den Satz eingeschobenen Worte „Bedingung", recht eigentlich den Vermächtnißwillen aus;

cf. l. 115. 118. D. de leg. I. 30.

Es war demnach trotz dieses gebrauchten Wortes hier so wenig eine Suspensivbedingung in der Anordnung des Testators zu finden, wie dies trotz des Ausdruckes „condicio" von Modestinus in Ansehung der in l. 44. D. de manum. test. 40, 4 mitgetheilten letztwilligen Verfügung geschehen ist.

3.

Buschmann und Madaus in Bremen, Kläger, wider Heinrich zum Felde daselbst, Beklagten, Baustreitigkeiten betreffend.

Urtheil vom 5. April 1873.

Hat die Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrages bei der Werkverdingung die Wirkung der Befugniß zur Zurückhaltung der ganzen Gegenleistung?
Beweislast bei Erinnerungen gegen ein hergestelltes opus.

Das Urtheil führt Folgendes aus:

I. Das Obergericht hat die Einreden (des nicht und nicht gehörig erfüllten Vertrages sowie der mangelhaften Ausführung) deshalb ad separatum verwiesen, weil der Beklagte nicht in Abrede stelle, die fraglichen Bauarbeiten empfangen und in Benutzung genommen zu haben, in solchem Falle aber nach dem Präjudicat in der Bremischen Sache

Precht ca. Hartmann Wittwe April 1856

der Besteller eines Baues nicht befugt sei, wegen einzelner Erinnerungen gegen die Vollständigkeit und Güte der gelieferten Arbeit die Zahlung der ganzen Accordsumme zu verweigern, sondern nur einen dem Werth der Mängel entsprechenden und von ihm bestimmt anzugebenden Theil derselben in Abzug zu bringen, oder bis zur Ergänzung des Fehlenden zurückzuhalten.

Von dem in gedachtem Präjudicat zur Anwendung gebrachten Satze abzugehen, lag keine Veranlassung vor. Es darf jedoch nicht unbeachtet bleiben, daß derselbe eine auf den Grundsätzen vom dolus im weiteren Sinne beruhende Ausnahme von der Regel ausdrückt. An sich ist bei zweiseitigen Verträgen, wenn nichts anderes ausgemacht worden ist, jeder Contrahent berechtigt, seine Leistung zurückzuhalten, so lange ihm nicht die Gegenleistung vollständig und in contractmäßiger Beschaffenheit zugekommen ist; wie diese Regel noch in einer neueren Hamburgischen Sache, ebenfalls einer Baustreitigkeit,

Jänicke ca. Lorenz. Janr. 1869
(Kierulff, Samml. Bd. 5. S. 5 ff.)

unter Berücksichtigung des angeführten Bremischen Präjudicats, vom Ober-Appellations-Gericht anerkannt worden ist. Das Recht der Zurückhaltung wird aber zu einem mißbräuchlich ausgeübten, sobald ein Contrahent die ihm mangelhaft gelieferte Sache oder Arbeit annimmt, und sich alle Vortheile derselben aneignet, den Preis dafür aber ganz zurückhält. Die contractliche bona fides verlangt, daß er sich darauf beschränke, entweder den ungefähren Werth des Fehlenden bis zur Nachlieferung desselben zurückzuhalten, oder auf Nachlieferung verzichtend die dem Minderwerth des Empfangenen entsprechende Quote des Preises von seiner Zahlung in Abzug zu bringen. Aus dieser Begründung folgt, daß ein Kläger, welcher den Satz für sich geltend machen will, die Voraussetzung, der Gegner habe die klägerische Leistung nicht bloß factisch angenommen, sondern den gelieferten Gegenstand auch für sich in Benutzung gesetzt, als Replik zu behaupten und nöthigenfalls zu beweisen hat.

Gegen die Anwendung des Satzes in gegenwärtiger Sache macht der Beklagte mit Unrecht den Umstand geltend, daß der Umfang dessen, was die Kläger dem Accorde gemäß zu leisten hätten, noch streitig sei. Ist der Besteller einer Sache oder Arbeit, wenn es bereits feststeht, daß ihm noch nicht Alles vollständig und vertragsmäßig geliefert wurde, um der Aneignung und Benutzung willen verpflichtet, sich auf eine theilweise Kürzung oder Zurückhaltung des Preises zu beschränken, so kann seine Stellung in dieser Hinsicht keine günstigere sein, wenn es noch ungewiß ist, ob ihm nicht bereits Alles geliefert worden ist. Eben so unbegründet ist es, wenn sich der Beklagte wiederholt darauf beruft, der vorliegende Fall habe das Besondere, daß es sich um eine untheilbare Leistung handle. Für den Beklagten steht nur eine ihrer Natur nach immer theilbare Geldleistung in Frage, und was die Möglichkeit betrifft, die behauptete Unvollständigkeit der klägerischen Leistungen in Geld anzuschlagen und somit auf eine Quote des Accordpreises zurückzuführen, so bietet der vorliegende Fall durchaus nichts Eigenthümliches dar.

Es kommt hiernach allein auf die Frage an, wie es mit der Voraussetzung stehe, daß Beklagter die von den Klägern hergestellten Baulichkeiten in Benutzung genommen habe. In diesem Puncte

mußte man aber zu einem vom Obergericht abweichenden Ergebniß gelangen.

Das Obergericht sieht die gedachte Voraussetzung als bereits constatirt an, und zwar nach den Entscheidungsgründen zu seinem ersten Erkenntniß hauptsächlich deshalb, weil die Kläger replicando behauptet hätten, der Fußboden sei durch die Benutzung theilweise schon wieder ruinirt, und der Beklagte nicht die Benutzung, sondern nur die Verschuldung in Abrede gestellt habe. Mit Recht hat der Beklagte schon in voriger Instanz dagegen erinnert, daß die betreffende Stelle der Replik nur eine einzelne noch dazu vor Beendigung der klägerischen Arbeit vorgenommene Handlung des Beklagten — das Rollen schwerer Kübel über den Fußboden — zur Sprache bringt, um damit die Verantwortlichkeit der Kläger für die Beschaffenheit des Fußbodens abzulehnen, darin aber die Behauptung, Beklagter habe das Gebäude, soweit es von den Klägern fertig gestellt war, für sich zu benutzen d. h. die Brennerei darin zu betreiben angefangen, nicht oder doch nicht in bestimmt erkennbarer Weise enthalten ist. Schon die Möglichkeit der Erklärung, welche der Beklagte in den höheren Instanzen von dem Anlaß zum zeitigen Hinüberrollen großer „Standfässer" gegeben hat, muß genügen, um jede weitere Folgerung aus jener einzelnen Handlung auszuschließen. Unterstützend wurde vom Obergericht noch auf die Einredebehauptung Bezug genommen, das Brennhaus sei vor der Ablieferung versackt. Hieraus würde aber höchstens ein Zugeständniß geschehener Ablieferung, und nicht der Benutzung gefolgert werden können. Die Thatsache der Ablieferung ist aber für sich allein nicht entscheidend. Nicht der Umstand, daß der Beklagte sich eine von den Klägern für fertig gehaltene Arbeit liefern ließ, sondern nur der, daß er das Gelieferte zu seinem Nutzen verwandte, war geeignet, die Replik zu begründen. Eben deshalb ist es auch nicht gerechtfertigt, wenn das Obergericht in seinem Revisionserkenntniß sich darauf beruft, in der Klage sei behauptet, daß die fraglichen Arbeiten dem Beklagten geliefert seien, und Beklagter habe nicht die Annahme der ihm gemachten Lieferung in Abrede gestellt, sondern nur deren Unvollständigkeit und Mangelhaftigkeit gerügt. Endlich läßt sich auch dem letzten Grunde des Obergerichts nicht beipflichten, Be-

klagter stelle es noch jetzt (in zweiter Instanz) gar nicht in Abrede, daß er das Gelieferte wirklich in Benutzung genommen habe. Da es in erster Instanz an einer entsprechenden Behauptung der Kläger fehlte, so war Beklagter nicht verbunden, die Benutzung ausdrücklich zu leugnen; überdies würde das bloße Stillschweigen nicht ohne Weiteres die Annahme eines Geständnisses zur Folge gehabt haben. Im Libell jetziger Instanz hat der Beklagte noch ausdrücklich erklärt, er würde die Benutzung, wäre sie behauptet worden, auf das Entschiedenste haben leugnen müssen.

Nach dem Bisherigen liegt nicht nur zur Zeit keine actenmäßige Gewißheit darüber vor, daß der Beklagte die gelieferten Baulichkeiten in Benutzung genommen habe, sondern es fehlt auch an der processualischen Voraussetzung, um den Klägern einen Beweis darüber nachzulassen; und zwar um so mehr, als die erwähnte Stelle der Replik, die einzige die hier in Betracht kommen könnte, lediglich eine Ablehnung der klägerischen Verantwortlichkeit hinsichtlich des Fußbodens bezweckt, und daher in keiner Weise erkennen läßt, daß die Kläger die Absicht gehabt hätten, von der replica doli in dem oben angegebenen Sinne Gebrauch zu machen. Selbst in zweiter Instanz wiesen sie ohne alle nähere Erläuterung nur darauf zurück, sie hätten replicando die Benutzung durch Beklagten behauptet, und Beklagter habe auch nicht bestritten, schwere Kübel über den Fußboden gerollt zu haben, schlossen sich also lediglich der zu weit gehenden Folgerung des Obergerichts aus jener einzelnen Handlung an.

Wenn sich hiernach die Beschwerde des Beklagten, soweit sie gegen die Berücksichtigung der replica doli gerichtet ist, als begründet darstellte, so mußte

II., auf die Beurtheilung der Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages im Einzelnen eingegangen werden.

1., Gegen die Posten I u. II der Klagrechnung, wovon der erstere in 710 Thlr. für ein Kesselhaus mit Schornstein, letzterer in 540 Thlr. für ein Brennhaus besteht, hat der Beklagte vier Erinnerungen erhoben.

a., Der Giebel und die vorderen Wände (nach p. 6 des jetzigen Libelles: des Kesselhauses) müßten noch abgeputzt werden. Die Kläger wollen das Abputzen des Giebels nicht mit über-

nommen haben, wofür sie eine besondere Veranlassung anführen, und berufen sich zugleich darauf, daß auch der Bauführer des Beklagten es ausdrücklich so angegeben habe. Bei diesem Streitpunct trifft, zumal da der schriftliche Contract [13] vom Abputzen nichts enthält, den Beklagten die Beweislast über den Inhalt der Vereinbarung, wie das Ober-Appellations-Gericht in derartigen Fällen wiederholt erkannt hat.

vrgl. Hamburgische Samml. der O.-A.-Ger.-Erk. Bd. 2. Abthl. 2. S. 559 f. Bd. 3. S. 779.

Den Klägern war aber der Replikbeweis der Genehmigung des beklagtischen Bauführers vorzubehalten. Das Obergericht hat bei mehreren anderen Puncten, wo ebenfalls auf Zustimmung des Bauführers Bezug genommen worden ist, zugleich die Ermächtigung des Letzteren zum Beweise der Kläger verstellt; das war jedoch bei dem hier fraglichen Gegenstand nach Maßgabe des Contracts [13] nicht erforderlich.

Daß die Kläger das Abputzen der vorderen Wände übernommen hatten, räumen sie ein, behaupten aber, es sei nur ein kleiner Theil der Vordermauer, da wo Fenster und Thüren anzubringen gewesen, noch nicht verputzt, und daran seien sie verhindert worden, weil Beklagter die vorher erforderlichen Thüren nicht geliefert habe, was der Beklagte wieder geleugnet hat. Den Klägern lag hiernach der Beweis des behaupteten Hindernisses ob. Die Kläger haben sich zwar zur Nachholung des noch übrigen Abputzens erboten; die Beweisauflage war aber wegen des Einflusses auf die Proceßzinsen von der Accordsumme nicht zu entbehren.

b., Der Schornstein habe noch vor seiner Vollendung angefangen schief zu werden, sei an der einen Seite gesackt, während des Processes noch mehr, und müsse vielleicht schon in einem halben Jahre wieder abgerissen werden. Die Kläger leugnen die mangelhafte Beschaffenheit und behaupten die ordnungsmäßige Aufführung des Schornsteins. Daß das Schiefwerden eventuell von einem außer der Verantwortlichkeit der Kläger liegenden Grunde herrühre, ist nicht vorgeschützt worden. Was bei dieser Erinnerung die Beweislast betrifft, so ist bei der conductio operis, welche hier vorliegt, nicht die angefertigte Sache selbst, sondern die Arbeit, wodurch eine mit bestimmten Eigenschaften versehene Sache hergestellt

wird, der unmittelbare Gegenstand der Leistung des conductor; er hat den Vertrag erst erfüllt, wenn er eine Sache anbietet, welche erweislich nicht bloß alle speciell versprochenen, sondern auch diejenigen Eigenschaften an sich trägt, welche der Besteller, als die Brauchbarkeit von Sachen gleicher Art und somit den vereinbarten Gattungsbegriff bedingend, ohne besonderes Versprechen vorauszusetzen befugt ist. Wie beim Genuskauf,

vrgl. Windscheid, Pand. II. §. 394 sub 5,

hat daher der Werkübernehmer die Erfüllung in diesem Sinn zu beweisen, wenn sie vom Besteller bestritten wird. Sowohl für den Genuskauf als für die conductio operis ist diese Auffassung in neuerer Zeit vom Ober-Appellations-Gericht in mehreren Fällen befolgt worden.

Frkft. Thormann & Co. ca. Goldschmidt Söhne. April 1862 (Frankf. Vereinssamml. Bd. 6. S. 439 f.)

Lüb. Conradi ca. Lück. Januar 1870. (Kierulff, Samml. Bd. 6. S. 27. f)

Von einem Approbationsact, welcher zu einer andern Vertheilung der Beweislast führen könnte, ist im vorliegenden Falle keine Rede. Den Klägern war daher der Beweis aufzulegen, daß der Schornstein am Kesselhaus bis zum Einredevortrag am 17. April 1871 nicht schief geworden oder versackt gewesen sei. Diese negative Fassung des Beweissatzes mußte der positiven, daß der Schornstein ordnungsmäßig aufgeführt sei, vorgezogen werden, weil die letztere die Kläger nöthigen würde, in allen Beziehungen die ordnungsmäßige Aufführung zu erweisen, während doch nur jener specielle Mangel gerügt worden ist.

c., Der Fußboden sei derart mangelhaft ausgeführt, daß er ganz wieder aufgenommen werden müsse; daß es sich hier um einen Cement-Fußboden handelt, darüber sind die Parteien einverstanden.

Die Kläger behaupten zwar in der Replik, den Fußboden ordnungsmäßig geliefert zu haben, räumen jedoch in dem schon oben sub I erwähnten Zusatz von einer Verschuldung des Beklagten ein, daß der Fußboden zur Zeit der Einrede und Replik sich in verdorbenem Zustande befand. Es war daher, übereinstimmend mit dem, was in der angeführten Lübeckischen Sache

Conradi ca. Lück,

erkannt worden ist, den Klägern der Beweis der behaupteten Ent-

stehung des fehlerhaften Zustandes aufzulegen, nämlich daß dieser vom Beklagten theils durch vorzeitiges Ueberrollen großer Kübel oder Standfässer, theils durch verspätetes Anbringen von Thüren und Fenstern herbeigeführt worden sei.

d., Das Brennhaus sei vor der Ablieferung an der einen Seite versackt und es seien große Risse darin entstanden. Die Kläger haben nicht nur dies geleugnet, sondern eventuell auch behauptet, Beklagter habe die Bögen, worauf die Mauern ruhten, theilweise einreißen lassen, wodurch die Mauern einstürzen müßten. Hinsichtlich der Beweislast ist hier die Lage dieselbe, wie zu b, hinsichtlich des Schornsteines. Die Kläger haben daher den im Erkenntniß festgestellten alternativen Beweis zu führen.

4.

Hermann von Bremen Ehefrau, Rebecca geb. Vogt zu Woltmershausen, Klägerin, wider Albert Osmer zu Osterholz, Beklagten, Annullirung eines Eheversprechens betreffend.

Urtheil vom 29. April 1873.

Grund und Umfang des Rechtes der Eltern auf Annullirung eines ohne ihren Consens vom Kinde eingegangenen Verlöbnisses. Bremische Verordnung vom 21. März 1750.

Die Entscheidungsgründe lauten:

Die Vorschrift der Verordnung vom 21. März 1750, welche es verbietet, daß unverheirathete Personen, deren Eltern annoch am Leben, ohne der Eltern Consens ein Eheverlöbniß eingehen, und welche den Eltern das Recht gewährt, die Annullation eines solchen ohne ihren Consens eingegeangenen Verlöbnisses zu verlangen, gründet sich auf das rein natürliche Verhältniß der Eltern zum Kinde, auf die vom Recht anerkannten Grundsätze vom honestum, wie sie schon das Römische Recht für die nahen verwandtschaftlichen Verbindungen ausspricht. (l. 42. pr. de Rit. nupt., l. 179. de R. J.) Es ist ein Gebot des honestum, und es beruht darauf ein elterliches Recht und elterliches moralisches Interesse, daß das Kind

gleichviel ob in der Gewalt, ob minder- oder volljährig, bei einem der wichtigsten Akte seines Lebens den Eltern die Ehrerbietung zolle, die ihnen zukommt. Darum gebührt diesen das selbstständige Recht, eine Verlöbnißverbindung ihres Kindes, die der Sanktion ermangelt, welche allein der elterliche Segen und Consens ihr zu geben vermag, als nicht existent zu behandeln. Und dieselbe Pflicht der Pietät behindert die Eltern, nicht rein willkürlich ihre Einwilligung zu versagen. Es steht ihnen jure zu, aber das honestum verbietet es, (l. 144. pr. de R. J.) und eine Ueberschreitung der richtigen durch das honestum gezogenen Grenze des Erlaubten hat die Folge, daß, auf Antrag, der elterliche Consens durch den Richter supplirt werden darf. Sonach hängt die Wirksamkeit der an sich vorhandenen Ungültigkeit eines ohne elterlichen Consens eingegangenen Verlöbnisses ganz von dem Verhalten der Eltern ab, das natürlich auch stillschweigend zum Ausdruck gelangen kann.

Waren somit auch für die vorliegende Sache dem Resultate nach diejenigen Grundsätze festzuhalten, welche das Ober-Appellations-Gericht in den Entscheidungsgründen zu dem Urtheil i. S. Kerndorf ca. Garbade ausgesprochen hatte, so mußte doch von dem für einen richtigen Begriff in jener Sache gebrauchten unzutreffenden Ausdrucke, nämlich der absoluten Ungültigkeit des ohne elterlichen Consens geschlossenen Verlöbnisses, abgesehen werden. Denn wäre diese Ungültigkeit eine absolute, d. h. allgemein und in ihrer Wirkung von Anfang an, von selbst eintretende, etwa so, wie es nach Römischen Recht zu denken ist, wenn der pater familias seine Einwilligung versagt (l. 2. de Rit. nupt. 23, 2., l. 7. §. 1. de spons. 23, 1.), so würde diese Ungültigkeit auch von den ohne elterlichen Consens sich verlobenden Kindern selbst geltend gemacht werden können. So verhält es sich aber nicht. Nach dem Zeugnisse von Pufendorf observ. jur. III. 43 und anderen Schriftstellern, hat sich eine weit verbreitete gemeinrechtliche Theorie dafür ausgesprochen, daß sich die Verlobten selbst untereinander nicht auf eine Ungültigkeit des ohne elterlichen Consens geschlossenen Verlöbnisses berufen können. Und dieser Theorie entsprechend hat sich nach dem Zeugnisse des Obergerichts in unserer Sache eine konstante Bremische Praxis ausgebildet, und Pufendorf bezeugt, daß eine hannoversche Verordnung vom 16. Janr. 1733, welcher der Bremischen v. 1750

ähnlich lautet, ganz in diesem Sinne in der dortigen Praxis zur Anwendung gekommen ist. Den theoretischen Grund hiefür drückt Pufendorf so aus: est et juri et aequitati contrarium, ut quod quis illegitime facis, ejus gratia rescindatur, welcher Begründung der Satz des Römischen Rechts: nemo ex suo delicto meliorem conditionem suam facere potest (l. 134. §. 1. de R. J.) hinzugefügt werden kann.

Hält man nun daran fest, daß wie oben dargethan wurde, die Wirksamkeit der an sich vorhandenen Ungültigkeit eines ohne elterlichen Consens eingegangenen Verlöbnisses ganz von dem Verhalten der Eltern abhänge, so steht diesem Erfolge auch keineswegs der Umstand hindernd im Wege, wenn das Kind mittlerweile eine anderweite und zwar eheliche Verbindung mit einem Dritten eingegangen ist. Eine unter diesen Umständen eingegangene Ehe ist die stärkste Art eines Verlöbnißbruches, weil sie die wesentlichste Wirkung der Sponsalien rechtlich unmöglich macht. Aber um so mehr besteht und gewinnt an wesentlicher Bedeutung die andere Wirkung des Verlöbnisses, die man Entschädigungs- oder Abfindungspflicht zu nennen pflegt. Soll nun bei dieser Sachlage die zu Gunsten der Mutter vorhandene Ungültigkeit des Verlöbnisses der Tochter, auf Anhalten der Ersteren ihre Wirksamkeit äußern, so kann dies nur dadurch geschehen, daß die sonst eintretende Entschädigungspflicht der Tochter wegfällig wird.

Dem steht auch nicht der Einwand entgegen, daß der Appellatin, der Mutter, selbst wenn eine Annullation des Verlöbnisses die Befreiung vom Entschädigungsauspruch zur Folge hätte, doch das Interesse fehle, diese nach der konkreten Sachlage allein noch in Frage stehende Folge herbeizuführen. Denn mit Bezug hierauf hat schon das Ober-Appellations-Gericht in der Sache Kerndorf ca. Garbade sich dahin ausgesprochen, daß einestheils die Befugniß der Eltern, das in der Verordnung von 1750 erwähnte Ansuchen wegen Annullation der heimlichen Verlöbnisse zu stellen, überall nicht durch ein persönliches Interesse der Eltern bedingt sei, da dieselben nach der Fassung und dem Geist des Gesetzes bei jenem Ansuchen zugleich als im öffentlichen Interesse, d. h. zur Aufrechthaltung des gesetzlichen Verbots, der elterlichen Autorität und der guten Sitte, handelnd zu betrachten sind; und daß anderntheils die

Appellatin, wenn gleich kein pekuniäres — da es sich ja nicht um eine an die Appellatin zu leistende Entschädigung, sondern um Entschädigungsanspruch an eine dritte Person handele — so doch als Mutter immer ein zur Beseitigung der fraglichen Einrede genügendes moralisches Interesse habe. Und bei diesen Ausführungen war auch für die vorliegende Sache lediglich stehen zu bleiben.

Auch kann, wenn man von der richtigen Auffassung, d. h. davon ausgeht, daß es sich hier um ein durchaus selbstständiges Recht der Mutter handelt, aus der gegen die Tochter eingetretenen rechtskräftigen Verurtheilung nicht ein Einwand gegen das Recht der Mutter entnommen werden. Denn nicht um die etwa seitens der Tochter dem jetzigen Beklagten etwa zu leistende Entschädigung handelt es sich in dem gegenwärtigen Processe, sondern um das der Mutter zustehende Recht, ein ohne ihren Willen abgeschlossenes Verlöbniß der Tochter annullirt zu wissen. Es konnte daher auch für diesen Proceß ganz auf sich beruhen bleiben, welch einen Einfluß die etwaige Annullation jenes Verlöbnisses auf die in einem anderen Processe rechtskräftig erkannte Entschädigungspflicht der Tochter haben möchte.

5.

Friedrich Meier zu Bremen, Intervenient, wider Cornelius Jansen Cornelius daselbst, Interventen zur Sache des Ersteren, Klägers, wider Diedrich Wurtmann und Herm. Otten, Beklagte, Forderung betreffend.

Urtheil vom 13. Mai 1873.

Zu den beweglichen Sachen im Sinne des Art. 306 des Handelsgesetzbuchs gehören nach Bremischem Rechte Forderungen, über welche Urkunden ausgestellt sind.

Die Entscheidungsgründe führen aus:

Zu Gunsten des Interventen kommt jedenfalls entscheidend in Betracht, daß er als gutgläubiger Besitzer der erwähnten Obligation vom 20. November 1866 und der mit derselben bei Anstellung der Klage am 17. Februar 1871 producirten drei Handfesten anerkannt werden muß; was er gleich in der Vernehmlassung

auf die Intervention geltend gemacht hat, indem seine Berufung auf die Regel „Hand wahre Hand" (Protok. p. 6) nur dahin verstanden werden kann.

Der Art. 306 des Deutschen Handelsgesetzbuches bestimmt in Abs. 1, daß der redliche Erwerber der von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb veräußerten und übergebenen beweglichen Sachen das Eigenthum erlange, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer gewesen sei; und übereinstimmend damit in Abs. 2, daß, wenn bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb verpfändet und übergeben wurden, zum Nachtheil des redlichen Pfandnehmers ein früher begründetes Eigenthum, Pfandrecht oder sonstiges dingliches Recht nicht geltend gemacht werden kann; von beiden Bestimmungen sind nur gestohlene oder verlorene Sachen ausgenommen. Der Art. 306 gehört aber zu den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches, welchen der § 30 des Bremischen Einführungsgesetzes vom 11. Mai 1864 allgemeine, nicht auf Handelsgeschäfte und Kaufleute beschränkte Geltung verliehen hat. Es ist somit jetzt ein allgemeiner Satz des bürgerlichen Rechts in Bremen, daß der redliche Erwerber beweglicher Sachen, die ihm entweder zum Eigenthum oder zum Faustpfand übergeben worden sind, sofern sie nur nicht gestohlen oder verloren waren, gegen alle früher daran begründeten Eigenthums-, Pfand- oder sonstigen dinglichen Rechte geschützt wird. Die Anwendung dieses Satzes auf die Verpfändung von Handfesten kann keinem Zweifel unterliegen, da die Bremische Gesetzgebung (Erbe- und Handfesten-Ordnung §. 113—120) die Handfesten als Gegenstand des Versatzes mittelst Uebergabe behandelt. Dasselbe muß aber auch von den über Forderungen ausgestellten Urkunden gelten, indem nach §. 122 und §. 123 sub d, 2 der Erbe- und Handfesten-Ordnung der Gläubiger durch Uebergabe der über eine Forderung seines Schuldners ausgestellten Urkunde das Recht des Faustpfandes an der Forderung erlangt, und eine solche Pfandbestellung durchaus den Regeln von der Verpfändung beweglicher Sachen und vom Uebergang des Besitzes unterstellt worden ist.

6.

H. Wilhelm Neuhaus zu Bremen, Kläger, wider Anton Ankersmit daselbst, Beklagten, Leistung einer cautio damni infecti betreffend.

Urtheil vom 23. September 1873.

Die Verbindlichkeit zur Leistung einer cautio damni infecti ist von der Stellung eines gerichtlichen Antrages abhängig.

Nur bei objectiver Unmöglichkeit früherer Stellung des gerichlichen Antrages kann cautio de damno praeterito gefordert werden.

Voraussetzung der Cautionsverbindlichkeit ist nicht der Nachweis mangelhafter Bauausführung, sondern nur die Wahrscheinlichkeit einer Gefährdung des Nachbars.

Das Ober-Appellations-Gericht hat erwogen:

daß, wie der Kläger auch in gegenwärtiger Instanz nicht bestritten, vielmehr durch den pag. 5 des Libelles angegebenen Grund seiner Beschwerde selbst bestätigt hat, der einzige Streitpunkt in dieser Sache der ist, ob der Beklagte außer der vom Tage der Insinuation der Klage an geleisteten cautio damni infecti auch noch für die vorhergehenden Tage Caution zu leisten habe;

daß hinsichtlich dieses Streitpunktes den Entscheidungsgründen des Obergerichts zu seinen beiden Erkenntnissen — wobei es auf die nur beiläufige, etwas zu allgemein gefaßte Aeußerung über die subsidiäre Natur der cautio damni infecti nicht ankommt — im Wesentlichen nur beigepflichtet werden kann;

daß insbesondere, wenn die Umstände, wodurch der Kläger von einem früheren Anbringen seines Cautionsantrages abgehalten worden sein will, auch geeignet sein mögen, ihn von dem Vorwurf erheblicher Nachlässigkeit zu befreien, darin doch nicht das Entscheidende liegt, die Cautionsverbindlichkeit vielmehr in den Quellen streng von der

Stellung eines gerichtliches Antrages abhängig gemacht wird, und die Ausnahme einer cautio de damno praeterito nicht an jede das zeitige Wahrnehmen der Gefahr mehr oder weniger erschwerende Sachlage, sondern nur an solche hindernde Umstände geknüpft ist, welche selbst durch gehörige Thätigkeit und Aufmerksamkeit des Interessenten nicht überwunden werden konnten, ihm die frühere Stellung des gerichtlichen Antrages objectiv unmöglich machten;

l. 4. § 3 D. ne vis fiat ei qui in poss. (43, 4)
vergl. mit l. 8 l. 9 pr. D. h. t. (39, 2)

daß zwar der Kläger sich darauf beruft, nicht jeder Neubau, sondern erst die mangelhafte Ausführung der Bauarbeiten berechtige den Nachbar zur Forderung einer cautio damni infecti, während doch eine fortwährende genaue Controlirung dem Nachbar nicht zugemuthet werden könne, dies Argument jedoch, wenn damit gemeint sein sollte, daß der Cautionsantrag durch vorgängigen Beweis einer mangelhaften Ausführung der Bauarbeiten bedingt wäre, sich als unrichtig darstellt, indem der Cautionsantrag vielmehr nur die Wahrscheilichkeit einer Gefährdung des Nachbars voraussetzt, und erst wenn aus der geleisteten Caution Klage erhoben wird, die Frage, ob ein die Entschädigungspflicht begründendes vitium operis vorliege, zum Austrag gebracht werden muß.

l. 13. § 3. l. 24. § 2—12. D. h. t. (39,2)
vergl. Hesse die Rechtsverh. zwischen Grundnachbarn I S. 117 ff.

7.

Königlich Preußische Bankcommandite zu Bremen, Implorantin, Eintragung in das Handelsregister betreffend.

Urtheil vom 18. Januar 1873.

Die Königlich Preußische Bank ist trotz ihrer Eigenschaft als Staatsanstalt im Sinne des Art. 4 des Handelsgesetzbuchs Kaufmann.

Auslegung des Art. 21 Abs. 3 H. G. B. für den Fall der Unmöglichkeit der Eintragung der Hauptniederlassung.
Den Ordnungsstrafen des Art. 26 H. G. B. unterliegen auch juristische Personen.

Die Entscheidungsgründe lauten:

Die Appellantin verlangt in ihrer alleinigen Beschwerde, von der ihr in den beiden vorigen Instanzen auferlegten Pflicht der Anmeldung zur Eintragung in das Bremische Handelsregister befreit zu werden. Sie stützt dieses Verlangen

I., darauf, daß sie als eine Zweigniederlassung der Königlichen Bank in Berlin den Bestimmungen des deutschen Handelsgesetzbuches über die Eintragung in das Handelsregister und über die deshalb angeordneten Ordnungsstrafen überhaupt nicht unterworfen sei. Die Appellantin macht für ihre Behauptung

1., geltend, daß die Königlich Preußische Bank in Berlin, wie in den Gründen des Kammergerichtserkenntnisses vom 20. December 1862 dargelegt worden, eine nicht des Gewinnes wegen, sondern für öffentliche Zwecke verwaltete Staatsanstalt sei und daher nebst ihren Filialen nicht die Eigenschaft eines Kaufmanns im Sinne des Handelsgesetzbuches habe.

Dieser Auffassung konnte jedoch nicht beigepflichtet werden. Nach dem ganz allgemeinen Ausdruck in Art. 4 des Handelsgesetzbuches umfaßt der Begriff des Kaufmanns neben den physischen Personen auch alle Corporationen und sonstigen juristischen Personen, welche gewerbsmäßig Handel betreiben. Es fallen darunter also auch die für einen gewerbemäßigen Handelsbetrieb errichteten Staatsinstitute; und daß man sich dieser Consequenz bei Abfassung des Handelsgesetzbuches vollständig bewußt gewesen ist, geht aus den in dem Kammergerichtserkenntniß vom 20. Decbr. 1862 selbst angeführten Stellen unzweideutig hervor. Allerdings kann nun von solchen Staatsanstalten, denen ein bestimmter Zweig der Staatsverwaltung überwiesen ist, und welche lediglich als Mittel für die darin begriffenen Staatszwecke auch einzelne Handelsgeschäfte vorzunehmen haben, nicht ohne Weiteres gesagt werden, daß sie gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreiben. Und in

vielen Fällen wird die Grenze, von welcher an eine derartige Thätigkeit in einen gewerbemäßigen Handelsbetrieb übergeht, zweifelhaft sein. Immer wird man indessen die Voraussetzung des Art. 4 da als vorhanden anzuerkennen haben, wo einer Staatsanstalt die regelmäßige und fortgesetzte Betreibung von Handelsgeschäften als nächster und unmittelbarer Zweck vorgeschrieben ist, und die Absicht, eben durch einen solchen Betrieb günstig auf den allgemeinen Handelsverkehr einzuwirken, und dadurch dem Gemeinwohl förderlich zu werden, nur als den mittelbaren Zweck, als das höhere Motiv zur Errichtung und Unterhaltung der Anstalt betrachtet werden kann. In diesem Sinne kann man dem Reichsoberhandelsgerichte nur beipflichten, wenn es in seinem Erkenntniß vom 14. December 1871

Entscheid. d. R. O. Handelsger. Bd. 3. No. 84.

ausgeführt hat, für eine Staatsanstalt könne der Begriff eines gewerbemäßigen Handelsbetriebes nicht davon abhängig gemacht werden, ob der principale Zweck des Staates auf Förderung des öffentlichen Wohles oder auf einen pecuniären Gewinn gerichtet sei.

S. auch Puchelt Comment. zum Deutsch. Hdlsgstzb. Leipzig 1872. S. 17.

Die möglichen Zweifel in dieser Beziehung treten aber überhaupt zurück bei öffentlchen Banken, soweit sie Handelsgeschäfte betreiben. Denn Art. 5. Abs. 2 des Handelsgesetzbuches erklärt ausdrücklich, daß die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen auch in Betreff der öffentlichen Banken in den Grenzen ihres Handelsbetriebes gelten sollen. Man kann nicht umhin, diesen besonderen Zusatz zu Art. 4 dahin aufzufassen, daß öffentlichen Banken, wenn sie nur überhaupt Handelsgeschäfte betreiben, insoweit jedenfalls die Eigenschaft eines Kaufmannes zukommen soll, möge übrigens ihr Handelsbetrieb den hauptsächlichen und vorwiegenden, oder nur einen nebensächlichen Theil ihrer Thätigkeit ausmachen, und möge das letzte Endziel nur auf pecuniären Gewinn, oder vorzugsweise auf eine dem allgemeinen Interesse dienliche Beeinflussung der Geld- und Creditverhältnisse gerichtet sein. Bei einer öffentlichen Bank kommt es also nur darauf an, ob sie überhaupt irgend welche Handelsgeschäfte betreibe. Und daß dies bei der Königlich Preußischen Bank und ihren Filialen der Fall sei, wird schon durch §. 2 der Bankordnung

vom 5. Octbr. 1846, verglichen mit Art. 272 sub 2 des Handelsgesetzbuches, außer Zweifel gesetzt, auch insbesondere für die Niederlassung in Bremen von der Appellantin selbst gar nicht bestritten.

Unter diesen Umständen kann es dahin gestellt bleiben, ob die Auffassung des Kammergerichts, müßte sie für den Bereich des Preußischen Staates getheilt werden, auch in den Fällen, wo Filialanstalten der Bank in andern deutschen Bundesstaaten in Frage stehen, sich rechtfertigen lassen würde.

2., Die Appellantin beruft sich ferner darauf, die Organisation der Königlich Preußischen Bank sei von der Art, daß sie eine Anwendung der hier fraglichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches nicht zulasse. Die Bank sei weder ein Einzelkaufmann noch eine Handelsgesellschaft; es fehle sowohl an einem eintragungspflichtigen Subject, als an einer Firma, indem die verwaltenden Organe nicht Träger des Geschäfts und nicht Procuristen seien, und nur unter ihrem Behördentitel zeichneten.

Nun hat zwar Art. 5 Abs. 2 des Handelsgesetzbuches die öffentlichen Banken den Bestimmungen über Kaufleute „unbeschadet der für sie bestehenden Verordnungen" unterworfen. Indessen kann es unerörtert bleiben, ob damit auch solche Bestimmungen der einzelnen Bankordnungen, welche mit positiven Vorschriften des Handelsgesetzbuches in Widerspruch stehen, oder vielmehr nur solche, welche als zusätzlich mit den letzteren vereinbar sind, haben vorbehalten werden sollen. Denn jedenfalls enthält die Bankordnung vom 5. October 1846 nebst den späteren, sie ergänzenden Gesetzen nirgends eine Bestimmung, wodurch die Eintragung in das Handelsregister speciell ausgeschlossen würde. Ebenso kann die Frage, ob die Preußische Bank, wie die Handelsgerichtscommission angenommen hat, als eine Actiengesellschaft aufzufassen sei, ganz dahin gestellt bleiben. Für die vorliegende Entscheidung kommt es zunächst auf die in Bremen errichtete Commandite an, welcher nach dem Gesetz vom 17. November 1872 die Rechte einer juristischen Person verliehen worden sind. Mag man mit

Agricola in Siebenhaar's Archiv für Wechselr. und Handelsr. Bd. 12. S. 284.

annehmen, daß die Verleihung gesonderter juristischer Persönlichkeit mit der Natur einer Zweigniederlassung unvereinbar sei, oder mag

man hierin anderer Meinung sein, so kann über das eintragungspflichtige Subject kein Zweifel bestehen. Im ersteren Fall ist es die Commandite in Bremen, indem sie formell als selbständige kaufmännische Niederlassung betrachtet werden müßte; im anderen Fall ist es nach Art. 21 und 212 des Handelsgesetzbuches die Königliche Hauptbank in Berlin, welche nach § 114 der Bankordnung vom 5. October 1846 ebenfalls die Eigenschaft einer juristischen Person hat. Nicht minder ergiebt sich die einzutragende Firma aus den Vorschriften im Art. 15—21 des Handelsgesetzbuches; und der Umstand, daß es vom Preußischen Staat angestellte Beamte sind, durch welche die Hauptbank wie die Commandite vertreten wird, ist für die Eintragungspflicht offenbar unerheblich.

3., Endlich bezieht sich die Appellantin auch noch darauf, daß die vom Handelsgesetzbuch wegen Erfüllung der Eintragungspflicht festgesetzten Ordnungsstrafen, wie Strafen überhaupt, gegen eine juristische Person unstatthaft seien. Gegen diesen Einwurf braucht nur darauf hingewiesen zu werden, daß es sich hier nicht um Bestrafung von Vergehen, sondern um Zwangsmittel zur Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt, welche gegen juristische Personen so gut wie gegen physische Anwendung finden, und vom Handelsgesetzbuch, da erwähntermaßen Art. 4 auch juristische Personen mit umfaßt, als anwendbar vorausgesetzt sein müssen.

II. Die Appellantin erhebt außerdem den formalen Einwand, daß die Eintragung einer Zweigniederlassung nach Art. 21 Abs. 3 des Handelsgesetzbuches nicht stattfinde, bevor nachgewiesen sei, daß die Eintragung bei dem Handelsgericht der Hauptniederlassung geschehen sei, die Eintragung der Königlichen Bank beim Handelsgericht in Berlin aber nach dem Kammergerichtserkenntniß vom 20. December 1862 unthunlich sei.

Allein die Consequenz, welche die Appellantin aus der bemerkten Sachlage zieht, ist eine ungerechtfertigte. Angenommen, daß die Eintragung der Bank an ihrem Sitz zu Berlin durch das Kammergerichtserkenntniß von 1862 wirklich unthunlich geworden wäre, so kann dieser Entscheidung schon deshalb, weil sie sich lediglich auf das Verhältniß des Preußischen Staats zu der Bank gründet, eine über das Preußische Staatsgebiet hinaus gehende rechtliche

Wirksamkeit nicht beigelegt werden. Und mit Rücksicht auf diese Begründung bedarf auch das, was die Appellantin aus den reichsgesetzlichen Bestimmungen über die Rechtshülfe für die Ausdehnung der Wirksamkeit auf den Bremischen Freistaat herleitet, keiner Widerlegung. Die Bremischen Gerichte werden daher durch jene Entscheidung von der Pflicht zur Vollziehung der im Handelsgesetzbuch enthaltenen Vorschriften nicht entbunden.

Andererseits darf die Behauptung der Appellantin, daß die Eintragung in das Handelsregister zu Bremen unausführbar sei, nicht unberücksichtigt bleiben. Sollte die Behauptung begründet sein, so müßte die Appellantin bei ihrer Anmeldung zum Handelsregister in Bremen von dem Nachweise der vorgängigen Eintragung der Königlichen Hauptbank in Berlin frei bleiben, weil es nicht im Sinne von Art. 21 des Handelsgesetzbuches liegen kann, etwas Unmögliches zur Bedingung zu machen. Der Fall müßte in dieser Beziehung völlig dem einer Zweigniederlassung gleichgestellt werden, deren Hauptniederlassung sich an einem Orte im Auslande befindet, wo keine Handelsregister geführt werden. Jedoch bedurfte es deshalb keiner Abänderung der vorigen Entscheidungen. Denn zur Zeit ist die Richtigkeit der Behauptung der Appellantin noch keineswegs nachgewiesen. Nur soviel steht fest, daß die Königlich Preußische Bank in einer gerichtlichen Instanz von der Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister zu Berlin frei gesprochen worden ist. Der Beweis, daß die Eintragung für sie unthunlich sei, würde vielmehr nur dadurch geliefert werden, daß die Bank ihrerseits die Eintragung in das Handelsregister zu Berlin beantragte und mit diesem Antrage auch bei seiner Verfolgung bis in die höchste Instanz nicht durchzudringen vermöchte. Es wird sonach erst darauf ankommen, welchen Nachweis die Appellantin bei ihrer demnächstigen Anmeldung zum bremischen Handelsregister beibringen wird, ob den der erfolgten Eintragung der Königlichen Hauptbank in das Handelsregister zu Berlin, oder den der Unmöglichkeit dieser Eintragung. Wenngleich aber die vorigen Instanzen in ihren Entscheidungsgründen davon auszugehen scheinen, daß der Appellantin der erstere Nachweis ohne Alternative obliegen werde, so ist doch im Decisum der Handelsgerichts-Commission der Appellantin nur allgemein „die Beibringung der erforderlichen

Urkunden" auferlegt, dadurch aber ihr weder hinsichtlich jener Alternative, noch selbst in Ansehung der Frage, ob die Appellantin als selbstständige kaufmännische Persönlichkeit oder als Zweigniederlassung der Königlichen Hauptbank einzutragen sei, irgendwie präjudicirt worden.

8.

I., Scottish commercial Insurance-Company zu Glasgow, Implorantin,

betr. Eintragung der Bremer Agentur der Implorantin in das Handelsregister zu Bremen.

Urtheil vom 28. October 1873.

II., Wilhelm Leibitz als Bevollmächtigter der Scottish Imperial Insurance-Company zu Glasgow, Implorant,

wegen Eintragung einer Zweigniederlassung seiner Gesellschaft in das Handelsregister zu Bremen.

Urtheil vom 1. April 1876.

Der § 23 Abs. 1 des Bremischen Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche vom 6. Juni 1864, welcher lautet:

> „Auswärtige Handelsgesellschaften, welche mittelst einer Zweigniederlassung oder durch hiesige Bevollmächtigte auf ihren Namen im Bremischen Staat Handelsgeschäfte betreiben, sind allen Vorschriften des Handelsgesetzbuchs und dieser Verordnung über Eintragungen in das Handelsregister und deren Veröffentlichung, über die dazu erforderliche Beibringung von Urkunden und Zeichnung von Unterschriften sowie über die Folgen der Eintragung und der Nichteintragung in gleicher Weise unterworfen, als wenn die Gesellschaften selbst in Bremen ihren Sitz hätten;"

ist durch das Bundesgesetz vom 5. Juni 1869 nicht aufgehoben.

Die Voraussetzungen der Eintragung der Zweigniederlassung einer auswärtigen Handelsgesellschaft in Bremen sind nicht aus

dem seit 1864 durch Bundes- und Reichsgesetze umgestalteten Handelsgesetzbuch, sondern ausschließlich aus dem im Jahre 1864 eingeführten Handelsgesetzbuch und dem Bremischen Einführungsgesetze zu entnehmen.

Die Entscheidungsgründe des ersteren Urtheils führen aus:

Anlangend dagegen die Frage, ob Implorantin berechtigt sei die beantragte Eintragung einer Zweigniederlassung zu verlangen, so ist das Ober-Appellations-Gericht zu einem von dem Obergericht abweichenden Ergebniß gelangt.

Zwar mußte dem Obergericht darin beigepflichtet werden, daß die in § 4 des Bundes- jetzt Reichs-Gesetzes vom 11. Juni 1870 ersichtlichen Uebergangsbestimmungen, insonderheit No. 3 derselben auf den vorliegenden Fall nicht zur Anwendung kommen. Denn wenngleich die implorantische Gesellschaft in Glasgow bereits 1862 nach den daselbst geltenden Normen in rechtsbeständiger Weise gegründet sein mag, so wird doch, um die Uebergangsbestimmungen zur Anwendung zu bringen, nicht dieser Umstand, sondern nur der entscheidend sein können, ob jene rechtliche Existenz vor dem Gesetz von 1870 bereits zu Bremen in die äußere Erscheinung getreten war, was zweifellos nicht der Fall gewesen ist.

Sodann fragt es sich, ob nicht bereits auf Grund von Art. 212 des Handelsgesetzbuchs die erbetene Eintragung erfolgen mußte. Denn dieser Artikel ist in Ansehung der im vorliegenden Fall erheblichen Punkte durch das Gesetz vom 11. Juni 1870 nicht abgeändert worden. Es wird also die Eintragung einer Zweigniederlassung gefordert werden können, sobald in der gehörig formirten Anmeldung die im Art. 210, Abs. 2 und 3 bezeichneten Angaben enthalten sind; und daß dem vorliegend entsprochen worden, ist außer Zweifel. Da nun das Gesetz vom 11. Juni 1870 zwischen Zweigniederlassungen, deren Hauptniederlassung im Auslande, und solchen, deren Hauptniederlassung im Inlande ihren Sitz hat, nicht unterscheidet, so steht auch dem Richter, insoweit er nur das Handelsgesetzbuch zur Richtschnur zu nehmen hat, nicht die Befugniß zu, einen derartigen Unterschied zu machen, und den Art. 212 nur bei Zweigniederlassungen für anwendbar zu erklären, deren Hauptniederlassung sich im Inlande befindet. Denn wenn

der Gesetzgeber die von ihm in Art. 210 a des Gesetzes vom 11. Juni 1870 § 1 bei der Anmeldung der Hauptniederlassung in Zukunft maßgebenden Erfordernisse auch für die Zweigniederlassungen, deren Hauptniederlassungen außer dem Bereich seiner Gesetzgebung liegen, für verbindlich ansehen wollte, so hatte er seinen desfallsigen Willen in Art. 212 klar auszusprechen, und da er solches nicht gethan, so muß nach allgemeinen Grundsätzen juristischer Auslegung angenommen werden, daß er jenen Willen nicht gehabt habe. An dem Vorstehenden wird weder durch den Umstand, daß durch diese Erklärung des Gesetzes inländische Gesellschaften härteren Bedingungen für die Eintragung unterworfen werden können als ausländische; noch durch den Umstand, daß durch den inländische wie ausländische Gesellschaften gleichmäßig treffenden Rechtssatz eine Handhabe für die Umgehung desselben mittelst Errichtung der Gesellschaft im Auslande gegeben ist, irgend Etwas geändert. Denn es war vom Gesetzgeber zu erwarten, daß er sich diese auf der Hand liegenden Momente vergegenwärtigt hat. Wenn er also dennoch seine Satzung wie geschehen feststellte, so muß angenommen werden, daß höhere Rücksichten ihn dazu bestimmten. Ueberdies aber darf bekanntlich weder die innere Ungerechtigkeit noch die äußere Unzweckmäßigkeit einer Rechtsvorschrift für den Richter einen Grund abgeben, sich über die Vorschrift hinweg zu setzen.

Hienach war also Implorantin, welche den Bestimmungen von Art. 212 Abs. 2 und 3 entsprochen hat, nach dem Deutschen Handelsgesetzbuch berechtigt, die Eintragung zu verlangen; und es fragt sich daher schließlich, ob ihr nicht aus dem Einführungsgesetz in Bremen vom 6. Juni 1864, § 23 Abs. 1 ein Hinderniß entgegen steht. Denn es liegt auf der Hand, daß wenn die hier gegebene Vorschrift noch nach dem Bundesgesetze vom 11. Juni 1870 zur Anwendung kommt, die Zweigniederlassung verbunden ist, die für die Hauptniederlassung gegebenen Vorschriften bei der Eintragung zu erfüllen und mithin auch dem Art. 210 a zu entsprechen.

Nun könnte man sich zunächst veranlaßt finden, jenes Hinderniß aus dem Einführungsgesetz in der Weise beseitigen zu wollen, daß man die Vorschrift der Bundes- jetzt Reichsverfassung über den

Vorrang der Reichsgesetze vor den Bundesgesetzen in Bezug nähme und die Ansicht aufstellte, ein in diesen für die Eintragung in das Handelsregister aufgestelltes über den Inhalt des Art. 212 hinausgehendes weiteres Erforderniß enthalte die unerlaubte Abänderung eines Reichsgesetzes durch ein Landesgesetz. Allein das Bundesgesetz vom 5. Juni 1869 unterscheidet im §. 2 bis 4 zwischen Landesgesetzen, welche eine Ergänzung, und solchen, welche eine Abänderung des Handelsgesetzbuches p.p. enthalten, stellt in §. 2 den allgemeinen Grundsatz auf, daß jene als landesgesetzliche Vorschriften in Kraft bleiben, diese aufgehoben sein sollen, und giebt in §. 3 einzelne Beispiele von Gesetzen, welche als Ergänzungen anzusehen seien, während es in §. 4 drei Fälle namhaft macht, in denen, obgleich sie Abänderungen des Handelsgesetzbuchs enthalten, die Fortdauer der angeführten Gesetze sanctionirt wird. Hat also der Gesetzgeber selbst die Möglichkeit der Unterscheidung von Ergänzungen und Abänderungen anerkannt, so ist der Richter gewiß nicht befugt, einen jeden in einem Landesgesetz enthaltenen Zusatz zum Handelsgesetzbuch als eine Abänderung desselben zu betrachten. Ist sonach die Frage, unter welche Kategorie eine landesgesetzliche Bestimmung falle, eine Sache der Auslegung, so wird man, auch im Beihalt der in §. 3, B enthaltenen Beispiele, sich schwerlich veranlaßt finden, eine Vorschrift, durch welche die Rechtsgleichheit statt wie anderwärts auf polizeilichem

Vergl. Makower, Handelsgesetzbuch 4 A. Art. 5, not. 11.

so in Bremen auf gesetzlichem Wege herbeigeführt werden sollte, als eine Abänderung des Gesetzbuches aufzufassen.

Nicht minder könnte man sich durch eine buchstäbliche Auffassung des Art. 23, Abs. 1. gemüssigt finden, eine Berücksichtigung des Art. 210 a auszuschließen. Nun ist es allerdings richtig, daß der betreffende Inhalt des neuen Bundesgesetzes nicht wörtlich in dem bremischen Gesetze a. a. O. sich vorfindet und bei einer rein buchstäblichen Erklärung würden daher immer noch Zweifel obwalten können, ob der bremische Gesetzgeber die Absicht gehabt haben werde, seine Vorschrift auch auf das neue Gesetz anzuwenden. Erwägt man indessen, daß in §. 23, Abs. 1 die hauptsächlichen Fälle, welche bei einer Eintragung in Betracht zu ziehen sind, generisch hervorgehoben worden, wird man nicht umhin können, als Gedanken des §. 23, Abs. 1 die generelle Vorschrift zu betrachten, daß für

Zweigniederlassungen auswärtiger Gesellschaften in Bremen die Rechtsgrundsätze zur Anwendung zu bringen seien, welchen eine in Bremen beliebte Hauptniederlassung unterworfen gewesen sein würde. Hätte aber der Rechtssatz so gelautet: „Zweigniederlassungen auswärtiger Gesellschaften gelten in Bremen hinsichtlich des Handelsregisters als Hauptniederlassungen", so würde kein Zweifel obwalten, daß auch spätere in Bezug auf die Eintragung erlassene Gesetze für die Zweigniederlassungen auswärtiger Gesellschaften bindende Kraft hätten.

Dagegen steht folgender Grund der Anwendung des §. 23, Abs. 1 auf den Inhalt des Bundesgesetzes vom 11. Juni 1870 entgegen. Als das Handelsgesetzbuch in Bremen eingeführt wurde, geschah solches vermöge der dem Staat Bremen Kraft seiner Souverainität zustehenden gesetzgebenden Gewalt; und diese war es, welche ihn befugte, in dem Einführungsgesetz Zusätze, Verbesserungen und Veränderungen des Handelsgesetzbuches zu machen und mit solchen ihm bindende Kraft in Bremen zu verschaffen. Wäre nun 1870 der Rechtszustand in Ansehung des Souverainitätsrechts der Gesetzgebung der gleiche gewesen wie 1864, so würde man ohne Anstand auf die Publication eines Gesetzes mit dem Inhalt des Bundesgesetzes vom 11. Juni 1870 auch ohne besondere Vorworte den §. 23, Abs. 1 dem oben Ausgeführten zufolge zur Anwendung zu bringen genöthigt gewesen sein. Anders dagegen verhält es sich, nachdem durch die Bundesverfassung jenes Souverainitätsrecht den erheblichsten Beschränkungen unterworfen worden ist. Es müßte feststehen, daß der Gesetzgeber, welcher das Gesetz vom 11. Juni erlassen hat, den gesetzgeberischen Willen des Gesetzgebers von 1864 gehabt habe, um für sein neues Gesetz die betreffende 1864 gegebene generelle Norm für dieses zur Anwendung zu bringen, allein eine derartige Annahme würde eine Fiction enthalten, für deren rechtliche Begründung es an juristischen Anhaltspuncten fehlt.

Die Entscheidungsgründe des zweiten Urtheils lauten:

Für die Beurtheilung der vorliegenden die Eintragung der Firma „Scottish Imperial Insurance Company" in die Handelsregister zu Bremen betreffenden Sache kommt es zunächst darauf an, den Gedanken der von dem Ober-Appellations-Gericht

zur Sache der Scottish *Commercial* Insurance Company am 28. October 1873 gefällten Entscheidung richtig aufzufassen. Mit Unrecht hat nämlich das Obergericht in der gegenwärtigen Sache aus einem Abschnitt der damaligen Entscheidungsgründe entnehmen zu müssen geglaubt, das Ober=Appellations=Gericht habe die Vorschriften, welche das deutsche Handelsgesetzbuch und die Novelle von 1870 über die Eintragung von Zweigniederlassungen von Handelsgesellschaften enthalten, allgemein und *auch in Bremen* auf die auswärtigen Handelsgesellschaften für anwendbar erklärt, und habe in Folge dessen entschieden, daß die Anmeldung einer auswärtigen Handelsgesellschaft zum Bremischen Handelsregister Dasjenige, aber auch nur Dasjenige enthalten müsse, was der Art. 212 der Novelle von 1870 vorschreibt. Jener Abschnitt der zum Urtheil vom 28. October 1873 abgegebenen Entscheidungsgründe sagte vielmehr, wie insbesondere die Worte: „so steht auch dem Richter, *insoweit er nur das Handelsgesetzbuch zur Richtschnur zu nehmen hat*“ ergeben, nur so viel, daß das Handelsgesetzbuch (nebst Novelle) an sich, d. h. in Ermangelung particularrechtlicher Normen, zu dem eben bemerkten Ergebniß führen würde. Nach dieser Aeußerung gehen die Entscheidungsgründe zu der Frage über, ob das Bremische Einführungsgesetz vom 6. Juni 1864, §. 23,[1] der damaligen Appellantin entgegenstehe. Und hier sprach sich das Ober=Appellations=Gericht in Uebereinstimmung mit dem Obergericht, ausdrücklich dafür aus, daß die gedachte Vorschrift des Bremischen Einführungsgesetzes durch das Bundesgesetz vom 5. Juni 1869 *nicht* für aufgehoben zu achten sei, und daß danach noch jetzt für die Eintragung von Zweigniederlassungen auswärtiger Gesellschaften in Bremen die Rechtsgrundsätze zur Anwendung zu bringen seien, welchen eine in Bremen erfolgende Hauptniederlassung unterworfen gewesen sein würde. Nur in dem einen am Schluß der Entscheidungsgründe besprochenen Punkt wich das Ober=Apellations=Gericht von der Ansicht des Obergerichts ab, indem es annahm, daß die Erfordernisse, welche eine auswärtige Handelsgesellschaft bei Eintragung einer Zweigniederlassung in Bremen nach Maßgabe der für eine dortige Hauptniederlassung geltenden Regeln zu erfüllen habe, nicht aus dem

seit 1864 durch Bundes- und Reichsgesetze umgestalteten Handelsgesetzbuch, sondern ausschließlich aus dem im Jahre 1864 eingeführten Handgesetzbuch, zu entnehmen seien. Der Grund für diese Abweichung war der, daß bei der Veränderung des gesetzgebenden Subjects der Wille, die neuen Bestimmungen zugleich der Vorschrift des §. 23 des Bremischen Einführungsgesetzes zu unterstellen, nicht vorausgesetzt werden könne.

Von der hier nochmals dargelegten Auffassung findet das Ober-Appellations-Gericht auch jetzt keine Veranlassung abzugehen. Danach hat der Bremische Richter in Befolgung des §. 23 des dortigen Einführungsgesetzes, mit welchem der §. 8 desselben Gesetzes in unverkennbarer Wechselbeziehung steht, bei der Anmeldung auswärtiger Handelsgesellschaften nur darauf zu sehen, ob den im Handelsgesetzbuch von 1864 für die Eintragung einer Hauptniederlassung aufgestellten Erfordernissen genügt sei, und es stellen sich folgeweise alle die Bestimmungen, welche die damalige oder spätere Gesetzgebung speciell für die Eintragung von Zweigniederlassungen getroffen hat, von selbst als unanwendbar dar.

9.

Friedrich Henrich Brauer zu Bremen, Kläger, wider Edwin A. Oelrichs daselbst, Beklagten, Schadensersatz betr.

Urtheil vom 16. December 1873.

Zur Begründung der Verpflichtungen aus der cautio damni infecti ist ein gerichtliches Cautionsversprechen erforderlich.

Die cautio damni infecti ist in Bezug auf schadenbringende Handlungen kein bloß subsidiäres Rechtsmittel.

Die actio legis Aquiliae gegen den Auftraggeber wegen Widerrechtlichkeit des Beauftragten setzt voraus, daß der Auftraggeber die Widerrechtlichkeit des Unternehmens erkannt hat oder hätte erkennen müssen.

Begriff des „clam“ bei dem interdictum quod vi aut clam.

Nach dem Ordeel 95 hat der Bauende in Bremen gesetzlich die positive Verpflichtung, Schaden vom Nachbargrundstücke abzuwenden.

Das römisch-canonische Recht ist im Verhältniß zu den im 15. Jahrhundert bestehenden Stadtrechten nur als subsidiarisches recipirt worden.

Die Entscheidungsgründe führen aus:

Die zweite Beschwerde verlangt drei Abänderungen. Der in erster Instanz normirte Beweissatz soll zu den Worten „seit dem 9. Mai 1870 Nachmittags 12½ Uhr“ den Zusatz erhalten: „oder an den vorhergehenden Tagen, an denen Arbeiten auf dem beklagtischen Grunde in der Nähe des klägerischen Hauses vorgenommen worden.“ Für die Wiederholung der Beschwerde in jetziger Instanz tritt an die Stelle des 9. Mai 1870 Nachmittags 12½ Uhr „der 10. Mai 1870, diesen Tag mitgerechnet.“ Sodann soll es statt der Worte „der ihm bis zum 10. April 1872 daraus erwachsene Schaden“ heißen: „der ihm bis zum 10. April 1872 oder später erwachsene oder noch erwachsende Schaden.“ Endlich soll dem Schadensbetrag von 4500 Thlr. oder wieviel weniger noch der Zusatz „oder wieviel mehr“ beigefügt, eventuell dem Kläger vorbehalten werden, einen weiteren 4500 Thlr. übersteigenden Schaden geltend zu machen.

A., Der erste dieser Anträge hat, wie auch der Kläger erklärt, für ihn das hauptsächlichste Interesse. Der Kläger will nicht bloß den vor dem 10. Mai 1870, sondern auch den vor dem 9. Mai Mittags entstandenen Schaden, vom Beginn der beklagtischen Arbeiten an, zur Verantwortlichkeit des Beklagten gestellt wissen. Er stützt dies

1., auf die Grundsätze von der cautio damni infecti. Darin konnte ihm jedoch nicht beigepflichtet werden. Ohne Grund beruft er sich nämlich

a., darauf, daß er den Beklagten, wie thatsächlich feststeht, mittelst Briefes vom 16. März 1870 [10] wegen der aus den projectirten Bauarbeiten für ihn entstehenden Gefahr zur Leistung der Caution aufgefordert habe.

Wenn der Kläger hierbei den Gesichtspunkt der mora geltend macht, so ist dies schon deshalb unhaltbar, weil er im Termine vom 16. Mai 1870 (causa II) sein Cautionsverlangen auf die Zeit vom Tage der Ladung an beschränkt, und nachdem am 13. Juni die Caution in solcher Weise geleistet war, die Sache damit für erledigt erklärt hat. Freilich kann in diesen Erklärungen kein Verzicht des Klägers auf einen schon vor dem Ladungstage etwa begründeten Entschädigungsanspruch gefunden werden. Und noch weniger läßt sich aus dem in Folge des beschränkten Antrags ergangenen Erkenntniß des Obergerichts vom 30. Mai 1870 eine exceptio rei judicatae gegen einen solchen Entschädigungsanspruch herleiten. Es leuchtet aber ein, daß, wenn der Kläger sich mit einer erst vom Ladungstage beginnenden Caution befriedigte, er damit alle Folgen einer etwa durch den Brief vom 16. März begründeten mora aufgab, für den gedachten Entschädigungsanspruch also nur noch andere Rechtsgründe geltend machen konnte.

Eher könnte ein anderer Gesichtspunct Zweifel erregen. Das römische Recht ist auch in seiner neuesten Gestaltung dabei stehen geblieben, daß diejenigen Verpflichtungen, welche den Inhalt der cautio damni infecti bilden, erst zur Entstehung kommen, wenn die Caution wirklich geleistet oder doch unter Ablegung eines Calumnieneides ein begründeter gerichtlicher Antrag darauf gestellt worden ist, und nur insoweit eine Ausnahme, d. h. eine Zurückdatirung eintritt, als der Beschädigte an früherer Stellung des Antrags nachweislich verhindert war. Die Caution als Gegenstand eines selbständigen Klagrechtes — also abgesehen von dem nicht hierher gehörigen Fall, wo sie im Wege der Retention dem jus tollendi gegenüber geltend gemacht wird, — äußert ihre Wirkung nur auf ein damnum nondum factum.

l. 2. l. 6. l. 7, §. 1. 2. vergl. mit l. 9. pr. §. 3. D. h. t. (39, 2)

Wenn dies lediglich auf dem historischen Grunde beruhte, daß die Verpflichtung des Besitzers der gefährdenden Anlage durch ein vom Prätor auferlegtes Cautionsversprechen vermittelt wurde, so würde man, nach Gleichstellung der Wirksamkeit des prätorischen und Civilrechts, sagen dürfen, das Cautionsversprechen sei eine bloße Form, deren es jetzt nicht mehr bedürfe. Allein der gedachte Satz hat doch auch eine materielle Bedeutung. Die in der cautio

damni infecti begriffene Obligation, insofern sie das Gebiet der actio legis Aquiliae überschreitet, beruht auf einer billigen Berücksichtigung des nachbarlichen Verhältnisses. In zahlreichen Fällen würde es aber wieder zu einer Unbilligkeit und Härte für den Verpflichteten führen, wenn er ohne Weiteres und ungemahnt jeden durch ein vitium seiner Gebäude oder Anlagen dem Nachbar verursachten Schaden zu ersetzen haben sollte. Er müßte unausgesetzt darauf aufmerksam sein, ob nicht irgend ein Theil seines Besitzthums oder seiner Anlagen dem Nachbar schädlich werden könnte. Und der gefährdete Nachbar könnte in der Aussicht, jedenfalls entschädigt zu werden, einem steigenden Wachsen der Gefahr und des Schadens ruhig zusehen, anstatt seine Anforderung zu einer Zeit zu stellen, wo die Gefahr noch beseitigt oder einer Vergrößerung des Schadens vorgebeugt werden konnte. Es hat daher mindestens in den Fällen, wo der bloße Besitz eines schadendrohenden Gegenstandes verantwortlich machen soll, einen guten und natürlichen Grund für sich, dem gefährdeten Nachbar selbst die nöthige Aufmerksamkeit auf sein Eigenthum zuzumuthen, und von einem beschwerenden Auftreten seinerseits den Anfang der Verpflichtung abhängig zu machen. Nun läßt sich freilich nicht verkennen, daß für die materielle Seite der Sache jede bestimmte vom gefährdeten Interessenten gestellte Anforderung genügen würde, ohne daß es gerade ein gerichtliches Auftreten sein müßte; weshalb denn auch einzelne Schriftsteller eine außergerichtliche Ankündigung oder Protestation für genügend halten.

vrgl. Voet, comment. 39, 2. § 15.
Hoffmann, im Arch. für prakt. Rechtsw. N. F. Bd. 290.

Allein die gerichtliche Erwirkung eines Cautionsversprechens ist einmal die gegebene Form, welche dem bemerkten praktischen Bedürfniß dient; und die vom Obergericht angeführte

l. 44, pr. D. h. t.

spricht so entschieden die Unwirksamkeit eines außergerichtlichen Cautionsverlangens aus, daß der Richter, für den diese Stelle Gesetzeskraft hat, sich davon nicht entbinden kann. Auch ist die herrschende Doctrin dabei stehen geblieben.

Vrgl. Hesse, die Rechtsverh. zw. Grundst.-Nachbarn pp. S. 132 f.

b., Der Kläger beruft sich ferner darauf, das Aufgraben des

Bodens neben seinem Hause habe allmählich und nicht nothwendig sofort sichtbar eingewirkt, so daß die Zeitpuncte der Schadensentstehung sich vielleicht beim Beweise nicht genau unterscheiden lassen würden, die gefährliche Bauarbeit müsse aber als ein Ganzes aufgefaßt und die Caution als vom Anfang der Arbeit an geltend erachtet werden.

Dieses Argument würde indessen immer nur für eine billige Beurtheilung der Beweisfrage in Betracht kommen, nicht aber zur Zurückziehung der Ersatzverbindlichkeit vor die Zeit des gerichtlichen Antrags auf Caution führen können. Insbesondere läßt sich dafür nicht etwa die in

l. 21, § 3. D. de oper. n. n. (39,1.)

in einer ganz anderen Beziehung gegebene Erläuterung von opus factum anführen.

Vrgl. dagegen l. 8, §. 1. 5. D. eod.

Hier erledigt sich das Argument aber jedenfalls durch den Umstand, daß die vom Beklagten geleistete Caution, womit sich der Kläger zufrieden erklärt hat, nur auf den seit dem 10. Mai 1870 erwachsenen Schaden gerichtet ist.

c., Sodann meint der Kläger, er habe, nachdem er am 8. Mai 1870, einem Sonntag, zuerst Kenntniß von dem gefährlichen Aufgraben erhalten, sofort Alles gethan, um zur Caution zu gelangen; es komme ihm daher die angustia temporis zu statten, und müsse der Beklagte ihm so haften, als wenn er die Caution schon am 8. oder 9. Mai geleistet hätte.

Auch diese Behauptung stellt sich als unbegründet dar. Der Grund des Obergerichts, daß der Kläger, welcher schon am 16. März brieflich Caution gefordert habe, selbst nachlässig gewesen sei, da er nicht gleich beim Abbruch des beklagtischen Hauses sein Cautionsverlangen gerichtlich gestellt habe, erscheint zwar nicht unbedenklich. Denn wenn dem Kläger bis zum 8. Mai nur Anlaß gegeben war, an die Möglichkeit einer künftig eintretenden Gefahr zu denken, so kann man das Unterlassen gerichtlicher Schritte bis dahin nicht ohne Weiteres als Nachlässigkeit bezeichnen. Allein, wenn einmal, wie dies in den Quellen mit Schärfe geschieht, für das Entstehen der Ersatzpflicht ein gerichtlicher Antrag verlangt wird, so kann der Verzug, welcher zur Vorbereitung und Anbringung des gerichtlichen

Antrags gefordert wird, im Allgemeinen dem Antragsteller nicht zu gute gerechnet werden. Und nur insoweit wird eine Ausnahme hiervon anerkannt, als die Stellung des Antrags durch äußerliche von der Thätigkeit des Interessenten unabhängige Umstände, wie sie auch sonst gegen die Folgen processualischer Versäumnisse schützen, verhindert wurde.

l. 4. § 3. D. ne vis fiat ei, qui in poss. (43,4).
vrgl. mit l. 8, l. 9 pr. D. h. t. (39,2).

Der Kläger will nun, wie bemerkt, am Sonntag den 8. Mai 1870 zuerst auf die durch das Aufgraben entstehende Gefahr aufmerksam gemacht worden sein, und sich sofort am andern Morgen an seinen Anwalt gewandt haben. Im Laufe des 9. Mai soll dann der Anwalt die Citation aufgesetzt und zum Gerichtsboten geschickt haben, der sie am 10. Mai Morgens abgegeben habe. Läge die Sache so, daß die Ladung am 9. Mai insinuirt worden wäre, so würde man allerdings sagen müssen, daß der Beklagte schon vom 8. Mai an so zu haften habe, als hätte er Caution geleistet, weil am Sonntag nicht insinuirt werden durfte. Weshalb aber die Ladung nicht am 9. Mai hätte erfolgen können, dafür hat der Kläger nichts angeführt, was doch um so unentbehrlicher gewesen wäre, da an demselben Tage nicht nur die Imploration in causa I. angebracht, sondern auch die Protestation [12] durch den Gerichtsboten insinuirt wurde.

2., Außer der cautio damni infecti hat der Kläger auch einen davon unabhängigen Entschädigungsanspruch erhoben. Die jetzige Behauptung des Beklagten, dies sei in erster und zweiter Instanz nicht geschehen, ist nach den schon im Erkenntniß erster Instanz berücksichtigten Erklärungen der Replik offenbar unrichtig. Und zwar hat der Kläger in dieser Beziehung die actio legis Aquiliae, sowie das interdictum quod vi aut clam für sich geltend gemacht.

a., Die Anwendbarkeit der actio legis Aquiliae auf die Beschädigung unbeweglicher Sachen unterliegt keinem Zweifel, und ist vom Ober-Apellations-Gericht namentlich in der Bremischen Sache

Cornelius ca. Staatsanwalt. Decbr. 1863.

anerkannt worden. An dem Erforderniß positiver Handlungen

wodurch der Schaden verursacht worden sein soll, fehlt es hier nicht, und mit Unrecht beruft sich der Beklagte darauf, die Klage aus der lex Aquilia sei hier hinfällig, weil sich der Kläger der bloß subsidiären cautio damni infecti bedient habe. Denn theils könnte der Subsidiarität eine Rückwirkung dieser Art nicht beigelegt werden, am wenigsten für ein damnum praeteritum, theils ist die cautio damni infecti in Bezug auf schadenbringende Handlungen kein bloß subsidiäres Rechtsmittel.

l. 18. D. de servit. praed. urb. (8, 2) l. 27. §. 10 D. h. t. (9, 2.)
v. Vangerow, Pand. III. §. 678 sub. x. 1.

Wohl aber stehen dem Kläger zwei Gründe entgegen. Einmal kann allen den Veränderungen, welche auf dem eignen Grund und Boden des Beklagten vorgenommen wurden, ohne ein zwischen ihm und dem Kläger bestehendes Obligationsverhältniß, nicht der Vorwurf der Widerrechtlichkeit gemacht werden. Denn von einer schädlichen Berührung des klägerischen Gebäudes oder von irgend einer Art von Immission auf dasselbe ist dabei nicht die Rede. Zum mehr oder minder tiefen Eingraben in den Boden ist aber der Eigenthümer gemeinrechtlich an sich berechtigt, und selbst ein Graben, wodurch das Gebäude des Nachbars unhaltbar wird, macht den Eigenthümer nicht von selbst, sondern nur unter Voraussetzung schon geleisteter cautio damni infecti entschädigungspflichtig.

l. 24, §. 12. D. de damno inf. (39, 2.)

Einen Zweifel könnte hier nur die eine Behauptung des Klägers erregen, daß bei dem beklagtischen Bau zugleich schräg unter die klägerische Fundamentsohle gegraben worden sei. Allein der Kläger hat selbst in der Replik den Sachverhalt näher dahin angegeben, die Fundamente seines Hauses lägen unter dem gemeinschaftlichen Zwischengang her und bis in den beklagtischen Grund hinein, und bei dem Bau sei hart neben den klägerischen Fundamenten, ja auch schräg unter sie hin gegraben worden. Und am Schluß der Verhandlung erster Instanz (Prot. pag. 7) hat der Kläger noch einräumen müssen, daß der Zwischengang kein gemeinschaftlicher sei, sondern dem Beklagten allein gehöre. Daß aber in einen Theil des klägerischen Eigenthums hineingegraben worden sei, ist nirgends behauptet; da, wo Kläger jenes Zugeständniß machte, spricht er nur davon, daß fast das ganze Terrain des Ganges abgegraben

worden sei. Und ebenso wenig ist angeführt worden, aus welchem Rechtsgrund ein Theil der klägerischen Fundamente sich in das Eigenthum des Beklagten erstrecken soll, und ob danach etwa das Untergraben derselben zu einem widerrechtlichen wurde.

Der zweite Grund gegen den Kläger ist der, welchen das Obergericht in seinem ersten Erkenntniß durch Hervorhebung des Umstandes, daß der Beklagte seinen Bau nicht selbst ausführte. sondern durch einen Baumeister ausführen ließ, angedeutet hat, Zwar würde, wenn der Bau objectiv eine Widerrechtlichkeit gegen den Kläger enthielt, die mögliche Verantwortlichkeit des Beklagten keineswegs auf den Fall eines Verschuldens in der Auswahl seines Mandatars beschränkt sein. Denn so richtig diese Beschränkung da ist, wo der Stellvertreter bei Gelegenheit der Ausführung eines Auftrages eine ihm nicht aufgetragene Widerrechtlichkeit begeht, so steht es doch anders, sobald der Auftrag selbst auf ein widerrechtliches Unternehmen gerichtet war. In diesem Falle haftet nach allgemeinen Grundsätzen der Mandant als Anstifter ebenso wie der physische Urheber

vergl. Glück, Comment. Bd. 15. S. 255 fin.
v. Wening, Civilr. Bd. III. §. 54.
Unterholzner, Schuldverhh. Bd. 1. §. 46. pos. III
Budde und Schmidt, Entscheid. des Ober-Appellations-Gerichts zu Rostock. Bd. 1. (N. F.) S. 255 f.

und wenn wegen

l. 37. pr. D. h. t. (9, 2) (vergl. l. 169 D. de reg. jur.)

bisweilen für die actio legis Aquiliae eine Ausnahme hiervon angenommen wird,

vergl. Windscheid, Pand. II. §. 455,

so kann dies bei näherer Prüfung der Stelle nicht für gerechtfertigt erachtet werden; und selbst nach der Auffassung Windscheid's würde ein Fall der vorliegenden Art nicht unter die Ausnahme gehören.

Allein der Auftrag zu einem Bau, welcher für den Nachbar einen schädlichen Erfolg hat, genügt allein nicht, um diesen Erfolg dem Unternehmer zur Schuld anzurechnen. Es mag dahin gestellt bleiben, ob deshalb, weil der Bau einem anerkannten Sachverständigen übertragen wurde, zu Gunsten des Unternehmers irgend eine Vermuthung aufgestellt werden darf. Jedenfalls setzt die

Verantwortlichkeit des Mandanten voraus, daß ihm entweder die Schädlichkeit des Unternehmens erkennbar gewesen sei, oder er es in dieser Beziehung an der nöthigen Erkundigung habe fehlen lassen. Wo deshalb die Schädlichkeit des Baues nicht schon von selbst der Einsicht jedes Laien offen lag, muß die Verschuldung des Unternehmers durch specielle Thatsachen substantiirt werden. Solche Thatsachen sind aber im vorliegenden Falle nicht behauptet worden.

b., Das erste Erkentniß des Obergerichtes hat wegen des am 9. Mai 1870 insinuirten Protestes [12] das interdictum quod vi für begründet erachtet und deshalb den Anfangspunct der Verantwortlichkeit des Beklagten auf gedachten Tag Nachmittags $12^1/_2$ Uhr festgesetzt. Ob diese in zweiter Instanz verworfene Annahme materiell gerechtfertigt sein würde, kann unerörtert bleiben. Denn dem Kläger steht hier der formelle Grund entgegen, daß er in erster Instanz ein Handeln des Beklagten wider den Protest [12] als Klaggrund nirgends geltend gemacht hat, indem er sich auf das interdictum quod vi aut clam lediglich mit dem Vorwurf eines heimlichen Handelns berief. Erst in zweiter Instanz, in der Erwiderung auf die desfallsige Beschwerde des Beklagten, hat sich der Kläger auch jenen Klaggrund anzueignen gesucht, was nicht berücksichtigt werden kann, da das Nachschieben eines neuen Klaggrundes in höherer Instanz unzulässig ist.

c., Was endlich den erwähntermaßen erhobenen Vorwurf eines clam factum betrifft, so ist der vorliegende Fall bis auf einen Punkt demjenigen sehr ähnlich, welcher in Sachen

> Rauschenberg ca. Graue. Janr. 1866. (Kierulff, Samml. Bd. 2. S. 5 ff.)

hier zur Entscheidung gelangt und worin das Interdict für begründet erachtet worden ist. Allein eben der Punkt, worin sich beide Fälle von einander unterscheiden, ist zu Ungunsten des Klägers von wesentlicher Bedeutung. In der Sache: Rauschenberg ca. Graue lag die streitige Bauunternehmung nicht zur offenen Beobachtung der klagenden Partei vor, und es wurde angenommen, daß es ihr an dem Recht gefehlt habe, von dem Beklagten Auskunft über die beabsichtigte Ausdehnung und Beschaffenheit des Baues zu verlangen, der Beklagte daher, indem er seinerseits den Klägern keine Anzeige machte, von dem Vorwurf heimlichen Handelns betroffen

werde. Im gegenwärtigen Falle dagegen wurden die Arbeiten des beklagtischen Baues offen und von Anfang an für die Wahrnehmung und Prüfung des Klägers zugänglich betrieben. Davon muß wenigstens ausgegangen werden, da der Kläger nichts von einem ihm entgegenstehenden Hinderniß der Beobachtung angeführt hat. Obwohl also der Beklagte auf eine Prohibition des Klägers gefaßt sein mußte, so ist er ihr doch nicht ausgewichen; und es gilt hier namentlich das, was das Ober-Appellations-Gericht in zwei früheren Frankfurter Sachen ausgesprochen hat, daß das Unterlassen einer Anzeige dem Bauenden nicht zum Vorwurf gereicht, wenn er den Umständen nach annehmen durfte, daß der Interessent, von welchem eine Prohibition erwartet werden konnte, von der beabsichtigten Neuerung ohnehin genügende Kenntniß erhalten werde.

S. Frankfurter Vereinssamml. Bd. 4. S. 264. Bd. 7. S. 308 ff.

Der etwaige Einwand, es sei dem Nachbar zu viel zugemuthet, wenn er den Bau in seinem allmählichen Fortschreiten unausgesetzt beobachten solle, beseitigt sich durch die Erwägung, daß der Bauende nicht positiv zu einer Anzeige verpflichtet ist, sondern sich nur keiner Verheimlichung schuldig machen darf, und daß andererseits der Nachbar befugt ist, schon beim ersten Anzeichen einer entstehenden Gefahr mit einer Prohibition hervorzutreten.

3., Wenn nach dem Bisherigen das gemeine Recht der Beschwerde des Klägers nicht zur Seite steht, so mußte man doch auf Grund des Bremischen Stadtrechtes, worüber die Parteien durch Bescheid vom 20. September d. J. noch zu einer besonderen Erklärung veranlaßt worden sind, zu einem anderen Resultat gelangen. Was

a., den Inhalt des Stadtrechtes betrifft, so bespricht das Statut von 1433 an zwei Stellen die hauptsächlichsten Fälle, welche gemeinrechtlich unter die cautio damni infecti gehören, und behandelt den Fall, wo Jemand nur eine gefahrdrohende Sache besitzt, verschieden von dem, wo eine neue bauliche Anlage gemacht wird.

Statut 86 bestimmt, daß, wenn ein Haus oder anderer Gegenstand umfällt und Schaden anrichtet, ohne daß der Rath vorher eine Erinnerung erlassen habe, der Eigenthümer ohne Verantwortung bleibe; wenn dagegen eine Erinnerung vom Rath vorhergegangen,

so solle der Eigenthümer gestraft werden und den Schaden ersetzen. Es prägt sich in dieser, ähnlich oder modificirt auch im Lübischen und Hamburgischen Stadtrecht

s. Lüb. Stat. v. 1586. Thl. IV. Tit. 3. Art. 5.

Hamb. Stadtr. v. 1497. B. 17 und Stat. v. 1603. Thl. IV. Art. 66.

wiederkehrenden Vorschrift der obenerwähnte Grundsatz aus, daß der Besitz eines gefahrdrohenden Gegenstandes nicht von selbst, wohl aber vom Augenblick einer ergangenen Warnung an zur Entschädigung verpflichte; nur daß statt eines von dem gefährdeten Privaten ausgehenden Protestes oder Klageantrages eine obrigkeitliche Warnung als entscheidend hingestellt ist.

Die andere und hier zunächst in Betracht kommende Stelle ist das Ordeel 95, wesentlich übereinstimmend mit der Redaction von 1428 I, 49. Daselbst ist gesagt: wenn Jemand neben seinem Nachbar bauen oder graben wolle, so dürfe er das auf dem Seinigen, sofern er seinen Nachbarn keinen Schaden thue; möchte seinen Nachbarn Schaden davon entstehen, so solle er den verhüten mit Stützen oder auf andere Weise, könne er beweisen, daß die Nachbarn dies nicht gestatten wollten, so sei er nicht verantwortlich.

Man kann nicht umhin, in dieser Stelle die wesentliche Abweichung vom römischen Recht zu finden, daß der Bauende für jeden Schaden des Nachbars, welchen er durch Anwendung geeigneter Mittel hätte verhüten können, schon von selbst, ohne daß ein anderer Rechtsgrund hinzuzutreten braucht, haften soll. Dies würde zweifelhaft sein, wenn die Stelle sich auf den ersten Satz beschränkte; man würde sagen können, es sei nur im Allgemeinen als etwas Widerrechtliches anerkannt worden, wenn der auf eigenem Grund Bauende dem Nachbar Schaden zufüge, und es komme, von sonstigen Delicts-Obligationen abgesehen, immer noch auf die Voraussetzungen der actio legis Aquiliae an. Allein der zweite Satz der Stelle geht weiter, er verlangt, der Bauende soll dem Schaden, welcher für den Nachbar entstehen möchte, durch Stützen oder auf andere Weise vorbeugen. Dem Bauenden wird also gesetzlich die positive Verpflichtung auferlegt, durch entsprechende Mittel dafür zu sorgen, daß dem Nachbar kein Schaden entstehe; und daß dies nicht erst von einer vorgängigen Warnung oder einem von Seiten des Nachbars gestellten Antrag abhängig

sein soll, tritt durch den Gegensatz zu Stat. 86 nur um so mehr hervor. Daß aber der Bauende im Falle unterlassener Erfüllung dieser Pflicht, Schadensersatz zu leisten habe, muß als rechtliche Folge angesehen werden. Mit anderen Worten, es ist für den Unternehmer baulicher Anlagen die gemeinrechtlich durch cautio damni infecti bedingte Verbindlichkeit, für jedes vitium operis einzustehen, zu einer unbedingten erhoben worden.

Das Obergericht hat sich freilich in den zu seinem Erkenntniß vom 10. März 1845

in S. Meyer ca. Staatsanwalt,

abgegebenen Entscheidungsgründen, welche das Ober-Appellations-Gericht (in Folge einer Bezugnahme auf dieselben in der Sache: Rauschenberg ca. Graue) sich abschriftlich hat mittheilen lassen, dahin ausgesprochen, daß das Ordeel 95 keine wesentliche Abweichung vom gemeinen Recht enthalte. Diese Ansicht, welcher aus den vorstehenden Gründen nicht beigepflichtet werden kann, erklärt sich jedoch zum Theil daraus, daß das Obergericht damals das gemeine Recht anders auffaßte, indem es, wie noch bestimmter aus zwei späteren, von Post, Privatr. III. S. 57 Note 4 angeführten Entscheidungen desselben:

Knieling ca. Christians, 6. Decbr. 1852
Block ca. Kuhlmann Wwe. 11. Janr. 1858

hervorgeht, es schon als einen gemeinrechtlichen Satz annahm, daß der, welcher auf seinem Grund und Boden baue, auch abgesehen von einer cautio damni infecti, je nach richterlichem Ermessen verpflichtet sei, eine Gefährdung des benachbarten Grundstücks zu vermeiden, und wenn er in dieser Beziehung die gebräuchlichen oder nothwendigen Sicherheitsmaßregeln unterlasse, Entschädigung zu leisten habe.

b., Es konnte sich hiernach nur fragen, ob der Anwendbarkeit des Ordeel 95 etwas entgegenstehe.

Der beklagtische Anwalt bestreitet die locale Geltung desselben für den vorliegenden Fall, weil die beiden an der Contrescarpe liegenden Häuser der Parteien zur Vorstadt gehören. Allein, daß die Gültigkeit des auf die städtische Gemeinde berechneten Statutarrechtes sich gegenwärtig auch auf die Vorstädte Bremens erstrecke, das darf, auch ohne speciellen Einführungsact, bei der neueren Rechts-

entwickelung angenommen werden, und folgt u. a. daraus, daß, wie durch die Verordnungen vom 24. Mai 1827 und 23. November 1829 das in der Stadt Bremen geltende Recht in den beiden Hafenstädten eingeführt worden ist, so auch bei der Vereinigung mehrerer früherer Landbezirke mit den Vorstädten in der Verordnung vom 11. December 1848 sub. 4 ausdrücklich bestimmt wurde, es sollten diese Gebietstheile künftig „allen städtischen Gesetzen“ unterworfen sein. Namentlich diese letztere Anordnung würde nicht erklärlich sein, wenn die Geltung der städtischen Gesetze in den Vorstädten selbst nicht vorausgesetzt worden wäre. Dieselbe wird denn auch von

Post, Privatr. I. S. 60 f.

bestätigt, wie das Obergericht in der angeführten Sache von 1845 über die Anwendbarkeit des Ordeel 95 auf Grundstücke in der Neustadt, obgleich das Stadtrecht auch da nicht ausdrücklich eingeführt worden, keinen Zweifel erhoben hat.

Eben so wenig liegt ein genügender Grund zu der Annahme vor, daß das Ordeel 95 durch das römische Recht verdrängt oder durch desuetudo beseitigt sei. Soweit nicht einzelne Ausnahmen erweislich sind, muß davon ausgegangen werden, daß das römisch-canonische Recht im Verhältniß zu den im 15. Jahrhundert bestehenden Stadtrechten nur als subsidiarisches recipirt worden sei. Der Umstand aber, daß seit längerer Zeit das Ordeel 95 nicht zur praktischen Anwendung gebracht, vielmehr in vielen oder den meisten Fällen auf Grund der cautio damni infecti processirt worden sein mag, ist nicht geeignet, ein gewohnheitsmäßiges Abgehen von der statutarischen Bestimmung zu beweisen; und zwar um so weniger, wenn man die erwähnte Rechtsprechung des Obergerichts berücksichtigt. In den Entscheidungsgründen von 1845 wurde das Ordeel 95 vom Obergericht, indem es auf dessen Interpretation einging, offenbar als formell geltende Vorschrift behandelt. Und wenn dann weiterhin die damals ausgesprochene Ansicht, das Ordeel 95 habe keinen über das gemeine Recht hinausgehenden Inhalt, zu Grunde gelegt wurde, andererseits aber die Ausführungen des Obergerichtes von 1845, 1852 und 1858 es einigermaßen unsicher erscheinen ließen, in welchen Fällen man ohne vorgängige Caution mit einer Entschädigungsklage durchdringen werde, so mußte schon die Vorsicht der durch einen Neubau gefährdeten Parteien oder

ihrer Sachführer zu einem häufigen Gebrauch der cautio damni infecti führen, ohne daß dabei das Bewußtsein, der statutarische Rechtssatz habe seine Wirksamkeit verloren, vorausgesetzt werden könnte.

Die Behauptung des beklagtischen Anwalts, das Ordeel 95 habe durch die revidirte Bauordnung und die jetzige Einrichtung der Baupolizei seine Geltung verloren, bedarf keiner Widerlegung, da beide sich nicht auf privatrechtliche Verhältnisse beziehen. Endlich beruht es auf einem offenbaren Irrthum, wenn der klägerische Anwalt meint, Post habe in seiner Schrift über das Sammtgut das Ordeel 95 zu den außer Kraft getretenen Stellen der Statuten gezählt.

Hiernach mußte der Beschwerde des Klägers, nach deren Fassung die Frage von der Beweislast nicht zu prüfen ist, in dem hier fraglichen Theile entsprochen werden.

B., Der zweite in derselben Beschwerde enthaltene Antrag des Klägers geht dahin, daß ihm, unter Voraussetzung des zu führenden Beweises über den Causalzusammenhang, nicht bloß der bis zum 10. April 1872, sondern auch der später erwachsene oder noch erwachsende Schaden zugesprochen werde. Diesem Antrag mußte als Folge der obigen Entscheidung, und zwar am einfachsten durch Weglassung eines Maximums, entsprochen werden, da für die gesetzliche Entschädigungspflicht kein besonderer Endpunkt besteht, dem Kläger daher Ersatz alles des Schadens zukommt, den er in seiner künftigen Beweisantretung als auch der behaupteten Widerrechtlichkeit des Beklagten entstanden darzuthun vermag.

10.

G. Gruner und C. Heye zu Bremen, Kläger, wider H. Bartels daselbst, Beklagten, Miethe-Entschädigung betr.

Urtheil vom 20. December 1873.

Beim Bestehen gesetzlicher oder usueller Bestimmungen über Miethdauer und Kündigungszeiten sind davon abweichende

Vereinbarungen von demjenigen zu beweisen, welcher Rechte aus solchen herleitet.

Die Entscheidungsgründe führen hierüber aus:

Die Beschwerde des Beklagten, welche dahin ging, daß der in erster Instanz den Klägern auferlegte Beweis in Wegfall gebracht worden, und statt dessen dem Beklagten ein Beweisalternativ dahin auferlegt sei „daß er den Klägern die fragliche Wohnung ursprünglich auf Monate vermiethet habe" war als unbegründet zu verwerfen. Denn wenn an einem Orte, wo es gesetzliche oder usuelle Bestimmungen über Miethdauer und Kündigungszeiten giebt, der Kläger behauptet, es sei ursprünglich mit dem Gegner keine Bestimmung über Miethdauer und Kündigung getroffen worden, so behauptet er damit von selbst positiv, daß eben jene dispositiven, an dem Orte gesetzlichen oder üblichen Bestimmungen in diesem Fall zur Anwendung zu bringen seien. Jedenfalls hat er nicht die Negative zu beweisen, daß nichts darüber vereinbart sei. Dem in revisorio ergangenen Erkenntnisse war demnach beizutreten, wenn dasselbe den von der ersten Instanz als speciellen direkten Gegenbeweis nachgelassenen Beweis: daß ursprünglich monatsweise vermiethet worden sei, — als Gegenbeweis in Wegfall gebracht hat. Und ebenso war dem Revisions-Erkenntnisse darin beizutreten, daß dieser selbe Beweis in alternativer Weise dem Beklagten neben den von dem Urtheile erster Instanz unter 2 a und b auferlegten Beweisen injungirt wurde. Denn weil die Auflage nur alternativ geschehen ist, können die von der ersten Instanz auferlegten Beweise neben dem Beweise ursprünglich monatlicher Miethebereduug sehr wohl bestehen.

11.

Der Staatsanwalt in Civilsachen zu Bremen, Kläger, wider Heinrich Linne zu Bremen als Hauptagenten der Schlesischen Feuerversicherungsgesellschaft, Beklagten, Zahlung von Einkommenschoß betreffend.

Urtheil vom 17. Januar 1874.

Im Sinne des §. 3 des Gesetzes wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung vom 13. Mai 1870 betreibt eine Feuerversicherungsgesellschaft ihr Gewerbe auch in den Bundesstaaten, in welchen sie durch eine Hauptagentur vertreten ist.

Die Entscheidungsgründe führen aus:

In der Sache selbst war jedoch die Appellation als unbegründet zu verwerfen, da in Uebereinstimmung mit den Entscheidungen der vorigen Instanzen die Frage, ob ein bremischer Gewerbebetrieb der beklagtischen Feuerversicherungsgesellschaft existire, zu bejahen war. Dies ergiebt sich daraus, daß die beklagtische Gesellschaft ihr Geschäft in Bremen durch einen Hauptagenten betreibt. Nicht also ist hier die Rede von einem einfachen Agenten, einem Unter- oder Special-Agenten, dessen an zahlreichen einzelnen Orten ausgeübte Thätigkeit zwar für den Erfolg und das Gedeihen der Gesellschaft sehr wichtig werden kann, doch aber rechtlich nur immer eine untergeordnete unselbständige Bedeutung hat. Der Special-Agent sucht zwar für die von ihm vertretene Gesellschaft Kunden heranzuziehen, nimmt auch die etwaigen Anträge in Empfang; aber damit hat auch, was die Begründung des Versicherungsvertrages betrifft, seine Thätigkeit ein Ende. Und was nun weiter die aus den wirklich abgeschlossenen — aber nicht durch ihn abgeschlossenen — Versicherungen hervorgehenden Prämien betrifft, so ist seine, des Unteragenten, Thätigkeit darauf beschränkt, diese Prämien einzuziehen, zu sammeln und an den Hauptagenten oder an die Gesellschaftscentraldirektion abzuführen. Aber Prämienquittungen ertheilen, also selbstständige liberatorische Handlungen vornehmen, darf er nicht. Der Hauptagent dagegen controllirt im Namen der Gesellschaft die Thätigkeit aller zu seinem Bezirke gehörigen Unteragenten, bestimmt selbständig über deren Anstellung und Entlassung, schließt selbständig und für die Gesellschaft vollkommen verbindlich die Versicherungsverträge ab, und stellt mit ebenso verbindlichen Wirkungen über die empfangenen Prämien die Prämienquittungen aus. Diese durch den Generalagenten der beklagtischen Gesellschaft in Bremen und zwar mit Regelmäßigkeit

ausgeübte Thätigkeit ist aber als gewerbliche Thätigkeit dieser Gesellschaft selbst anzusehen. Dem steht nicht entgegen, daß dasjenige, was in dieser Weise gewerblich in Bremen seitens der Gesellschaft geschieht, die volle und gesammte Gewerbthätigkeit derselben nicht ausmacht; es genügt vielmehr, daß die in solcher Weise in Bremen geübte Thätigkeit von wesentlich gleicher Art ist wie die am Centralorte selbst ausgeübte. Auch kann es nicht darauf ankommen, daß am Centralsitz der Gesellschaft noch eine Menge von einzelnen Thätigkeiten vorkommen, welche an einzelnen Agenturplätzen der Natur der Sache nach entweder gar nicht vorkommen, oder doch nur in Folge specieller Aufträge der Generaldirection an die Haupt-Agenturen, wie dieses namentlich bei der schließlichen Beurtheilung und Berechnung der einzelnen Brandentschädigungen der Fall ist. Diese Thätigkeit ist eine höchst wesentliche Seite des Gewerbes, weil erst durch sie im Vergleich mit den Einnahmen ein wirkliches Einkommen der Gesellschaft producirt, erkennbar und berechenbar wird. Aber es ist nicht nöthig, daß alle wesentlichen Seiten des Feuerversicherungsgewerbes in Bremen vorkommen, um sagen zu können, daß die auswärtige beklagtische Gesellschaft auch in Bremen ihr Feuerversicherungsgewerbe betreibe. Noch weniger kommt in Betracht, daß am Mittelpunkte der Gesellschaft viele Geschäfte vorgenommen werden und vorgenommen werden müssen, von welchen zwar nicht die Existenz, wohl aber die Blüthe des ganzen Instituts abhängt. Rückversicherungen, Beschaffung eines genügenden Reservefonds, sichere Anlage der eingehenden Gelder sind zwar nützliche, nicht zu unterlassende Maßregeln, characterisiren aber nicht das Gewerbe der Feuerversicherung.

War somit die Frage, ob die beklagtische Feuerversicherungsgesellschaft in Bremen ein Gewerbe betreibe, zu bejahen, so war auch weiter von der Voraussetzung auszugehen, daß im Allgemeinen der Betrieb eines jeden Gewerbes zu einem Einkommen führen könne. Ob freilich diese Voraussetzung auch in dem vorliegenden Falle zutrifft, d. h. ob die beklagtische Feuerversicherungsgesellschaft aus ihrem Bremischen Geschäft überall ein Einkommen gewinne, und speciell ein solches im Jahre 1871 gewonnen habe, darüber hat unter den Parteien zur Zeit ebenso wenig ein Streit stattgefunden, wie darüber, in welcher

Weise das speciell Bremische Einkommen der beklagtischen Gesellschaft zu berechnen sein möchte, wie denn auch in letzterer Beziehung klägerischerseits ein solcher etwaiger Berechnungsmodus nur als ein solcher angeführt wird, dessen Anwendung sich empfehlen möchte, ohne daß jedoch behauptet wird, daß dieser Berechnungsmodus, dessen gesetzliche Zulässigkeit denn auch dahin gestellt bleiben mag, der allein richtige Berechnungsmodus sei. Da somit hierüber eine Entscheidung nicht zu treffen war, so konnte um so mehr dahin gestellt bleiben, welcher Berechnungsmodus etwa mit den Bestimmungen des Reichsgesetzes über die Doppelbesteuerung in Einklang oder in Widerspruch stehen möchte.

Bei der gegenwärtigen Sachlage war vielmehr nur zu constatiren, daß die beklagtische Gesellschaft in Bremen ein Gewerbe betreibe. Hieraus aber folgte, daß dieselbe in Gemäßheit des Gesetzes vom 19. Mai 1872 §. 4 auch verpflichtet sei, von dem aus dieser Quelle herrührenden Einkommen die Steuer zu entrichten, woraus die Bestätigung des obergerichtlichen Erkenntnisses sich ergab.

12.

Theodor Brandt und Georg Hermann Otto Brandt Concurscurator zu Herford, Intervenient, wider Fritz Wüst Ehefrau nebst Genossen zu Rinteln bezw. Vlotho und Carl August Brandt Testamentsexecutoren zu Bremen, Interventen, Herausgabe eines Vermächtnisses betreffend.

Urtheil vom 7. Februar 1874.

Die Entscheidungsgründe, welche die in der Sache angewandten Rechtssätze voranstellen, lauten:

Bei der Beurtheilung der aufgestellten Beschwerden war von folgenden Rechtssätzen auszugehen:

1., Nach preußischem in Vlotho, dem Wohnort der in Concurs gerathenen Theodor und Georg Hermann Otto

Brandt, geltendem Recht wird eine Erbschaft durch deren Anfall; nach dem in Bremen gültigen Rechte bei Beerbung von Seitenverwandten durch die Antretung der Erbschaft erworben.

2., Die Frage, ob es zum Erwerb einer Erbschaft einer vom Anfall gesonderten Antretung bedürfe, ist nach dem am Wohnort des Erblassers geltenden Recht zu beantworten.

3., Nach gemeinem wie nach preußischem Recht verliert der Cridar durch die Concurs-Eröffnung die Befugniß über sein damaliges und während der Dauer des Concurses ohne sein Zuthun ihm anfallendes Vermögen zu verfügen. Die desfallsige Befugniß geht auf den Vertreter des Vermögens zum Besten der Gläubiger über und wird von diesem ohne Concurrenz des Cridars ausgeübt.

4., Der Cridar ist nicht verpflichtet, eine positive Handlung vorzunehmen, durch welche das Vermögen zu Gunsten der Gläubiger vermehrt würde; aber andererseits verpflichtet, keine positive Handlung sich zu erlauben, durch welche gedachtes Vermögen vermindert werden könnte. Fällt also eine Erbschaft oder ein Vermächtniß ihm in der Weise an, daß er durch den Anfall sofort Dispositionsberechtigter wird, so darf er nichts thun, um diese Berechtigung rückgängig zu machen; bedarf es andererseits zum Rechtserwerb des Ausdrucks seines Willens in Wort oder That, so kann er nicht gezwungen werden, seinen Willen zu äußern. In jenem Fall wird also das betreffende Recht sofort durch den Concurs-Curator geltend gemacht werden können, in diesem fehlen ihm die Mittel, den Cridar zu einer Aeußerung seines Willens zu zwingen.

Aus dem Rechtssatz unter No. 2 ergiebt sich nun soviel, daß es zu dem Zweck, um die Gläubiger der Cridare in den Genuß der den Cridaren von dem Erblasser hinterlassenen Vermögenstheile, soweit sie in Erbtheilen bestehen, zu setzen, einer Antretung abseiten der Cridare bedarf. Aus den Rechtssätzen unter No. 4 aber, daß die Gläubiger kein Zwangsrecht wider die Cridare haben, um deren Willensäußerung herbeizuführen. Daraus folgt aber ferner, daß der Concurs-Curator für sich allein die Herausgabe der Erbtheile von den Testaments-Vollstreckern nicht erzwingen kann:

Mit diesem Ergebniß stimmen die in dem preußischen Landrecht und in der preußischen Concurs-Ordnung enthaltenen Vorschriften, wie sie von den Parteien in Bezug genommen und in dem vielbesprochenen Erkenntniß des preußischen Obertribunals vom 18. Juni 1866, wie solches in

Striethorst's Archiv Bd. 63. S. 235 bis 244

mitgetheilt worden ist, angeführt und zur rechtlichen Beurtheilung des damals vorliegenden Falles benutzt worden sind, vollständig überein. Insbesondere befinden sich die vornämlich in gegenwärtiger Instanz hervorgehobenen S. 242 z. E. referirten gesetzlichen Vorschriften ganz mit den Grundsätzen No. 1 und No. 4 in Einklang, wenn man nicht übersieht, daß die Concurs-Ordnung Fälle im Auge hat, und der Natur der Sache nach haben muß, in welchen Anfall und Erwerb der Erbschaft unter der Herrschaft des preußischen Rechtes stehen. Allein dieser Fall liegt hier nicht vor.

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß der Concurs-Curator für sich allein zur Geltendmachung der erhobenen Ansprüche nicht befugt war; daß es vielmehr zu seiner Legitimation gehörte, eine von Seiten der Cridare stattgehabte Antretung der Erbschaft zu behaupten — eine Behauptung, an der es noch jetzt gänzlich fehlt, und zwar so sehr, daß das von den klägerischen Interventen behauptete Nichtantreten der Erbschaft durch die Cridare nicht einmal in Abrede genommen wird. Das Einzige, was bis in die jetzige Instanz von dem Intervenienten geltend gemacht wird, besteht in der Behauptung, daß er als Concurscurator für sich allein nach preußischem Rechte jede den Cridaren während der Dauer des Concurses angefallene Erbschaft zur Masse zu ziehen berechtigt sei; und diese Behauptung ist dem Obigen zufolge richtig, wenn aus Preußen oder aus Orten, in denen der bekannte in preußischem Recht reproducirte Grundsatz des deutschen Rechtes gilt, angefallene Erbschaften in Frage stehen; sie ist unrichtig, so bald, wie hier, es sich um eine Erbschaft handelt, welche an einem Orte eröffnet ward, wo die Grundsätze des gemeinen Rechtes Gültigkeit haben. Daß in diesem zweiten Fall in Preußen aus Gesetz keine abweichenden Grundsätze gelten, ist bereits bemerkt; für die Annahme einer dahin gehenden Praxis – deren Möglichkeit einmal vorausgesetzt — fehlt es aber in den Anführungen des Intervenienten

so sehr an jedem Material für eine desfallsige Beweisauflage, daß schon um deswillen davon abgesehen werden muß.

13.

Wirtje Aysen Wirtjes Ehefrau geb. Mennenga, Liquidantin, wider Dr. C. Hartlaub als Concurscurator von W. A. Wirtjes zu Bremerhaven, Liquidaten; Forderung betr.

Urtheil vom 14. März 1874.

Beim Wechsel des Wohnsitzes der Ehegatten ist deren Güterrecht, wenn es nicht durch Vertrag festgestellt ist, fortan nach dem Recht des neuen Wohnsitzes zu beurtheilen.

In den Entscheidungsgründen heißt es:

In Erwägung:

daß nach der gleichförmigen Rechtsprechung des Ober-Appellations-Gerichts,

F. Kahl ca. Althenn. December 1859 (Vereinssammlung Bd. 5. S. 195 ff., Seuffert's Archiv Bd. 14. No. 106.)

F. Wallerstein Wwe. Octbr. 1861. (Vereinssammlung Bd. 6. S. 217)

beim Wechsel des Wohnsitzes der Ehegatten deren Güterrecht, wenn es nicht durch Vertrag festgestellt worden ist, fortan nach dem Recht des neuen Wohnsitzes beurtheilt werden muß;

an dieser Rechtssprechung sich auch dadurch nichts ändert, wenn, wie gleichwohl aus den S. 9 z. E. der Gründe zum Obergerichts-Erkenntniß vom 8. Januar 1874 ersichtlichen Allegaten, ohne besondere Prüfung jedes einzelnen Rechtspruchs, nicht mit Sicherheit beurtheilt werden konnte, sich in Bremen bei dem dasigen Obergericht eine abweichende Praxis gebildet haben sollte, indem diese jedenfalls durch die den früheren Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichts entsprechenden Ausführungen zu dem nach Bremen ergangenen Erkenntniß des Ober-Appellations-Gerichts in

Unters. S. w. Tippenhauer Ehefr. und Tippenhauer, 14. Jun. 1864. pag. 8. 9.

unterbrochen sein würde, überdies aber in Fällen der vorliegenden Art selbst noch so häufige Entscheidungen der Mittelgerichte der feststehenden Rechtsprechung des höchsten Gerichtes zu weichen haben, auf die Ansichten der Parteien über Rechtssätze aber kein Gewicht zu legen ist; daß auch ferner, ungeachtet der noch jüngst bei

Seuffert's Archiv, Bd. 28. No. 187

bekundeten abweichenden Ansicht des Berliner Obertribunals, das Ober-Appellations-Gericht, nach nochmaliger Prüfung der Frage, sich nicht veranlaßt gefunden hat, von seiner früher wiederholt befolgten und begründeten Ansicht zurückzutreten, vielmehr die bei

Kierulff Civilrecht, pag. 78. Not.*
Bremer in Zeitschr. für deutsches Recht. Bd. 18. No. 7.

ersichtlichen Ausführungen für unwiderlegt zu erachten waren;

daß sonach, da der Wohnsitz der Eheleute Wirtjes in Bremerhaven zur Zeit des über den Ehemann ausgebrochenen Concurses unzweifelhaft feststeht, eine etwa zu Jever oder sonst unter den Eheleuten bestandene Gütersonderung zu Gunsten der in Bremerhaven bestehenden Gütergemeinschaft ihre rechtlichen Wirkungen verloren hat.

14.

Die für Johann Christian Gottlieb Rauch Kinder bestellten Vormünder sowie Johann Christian Gottlieb Rauch Wittwe, Johanna geb. Dubbers zu Bremen, Imploranten, Bestätigung eines Vertrages betreffend.

Urtheil vom 17. März 1874.

Das Pflichttheilsrecht ist nach dem Rechte am letzten Domicil des Erblassers zu beurtheilen.

Bei Collision von nach dem Rechte am Orte der Errichtung gültigen vertragsmäßigen letztwilligen Verfügungen mit den gesetzlichen Erbrechten am letzten Wohnort des Erblassers entscheidet das Recht des letzten Wohnortes.

Das Pflichttheilsrecht der Kinder am Nachlaß des Vaters, welcher nicht in Gütergemeinschafts-Ehe gelebt hat, ist in Bremen nach gemeinem Rechte zu beurtheilen.

Der Vater hat nicht das Recht, die gesetzlich erforderliche Bestellung von Vormündern für seine Kinder testamentarisch auszuschließen.

Die Entscheidungsgründe führen aus:

In der Sache selbst handelt es sich, bei Prüfung der Zulässigkeit des im November 1871 abgeschlossenen Vertrages, allein darum, welche Rechte den Rauch'schen Kindern an dem Nachlaß ihres Vaters, gegenüber den von Letzterem durch Ehepacten und Testament getroffenen Verfügungen, gesetzlich zustehen, also, da dieselben zu Erben des Vaters ernannt worden sind, um ihr Pflichttheilsrecht. Es wirft sich daher

I., die Frage auf, nach welchen Gesetzen das Pflichttheilsrecht der Rauch'schen Kinder zu beurtheilen sei. Es mußte aber den vorigen Instanzen darin beigetreten werden, daß das Pflichttheilsrecht immer, mag es vertragsmäßigen oder testamentarischen Verfügungen gegenüber in Betracht kommen, sich nach den am letzten Domicil des Erblassers geltenden Gesetzen zu richten habe.

Auf die Streitfrage vom Einfluß eines Domicilwechsels auf die ehelichen Güterrechte während bestehender Ehe, worüber sich das Ober-Appellations-Gericht am 14. d. Mts. in der Bremischen Sache

Wirtjes Ehefrau ca. Wirtjes Concurscurator

ausgesprochen hat, braucht hier nicht eingegangen zu werden. Ausgemacht ist einerseits, daß dasjenige, was vertragsmäßig von den Eheleuten über ihre und ihrer Kinder Vermögensverhältnisse festgesetzt worden ist, durch Verlegung des Wohnortes an sich keine Aenderung erleiden kann. Und gewiß ist es zugleich, daß sowohl die Gültigkeit als die Auslegung eines abgeschlossenen Ehevertrages im Allgemeinen nach den Gesetzen, unter deren Herrschaft der Vertrag zu Stande gekommen ist, also nach den Gesetzen des Ortes, wo die Eheleute bei Eingehung des Vertrages ihr Domicil hatten, beurtheilt werden muß. Ueber die Wirksamkeit und Auslegung der Rauch'schen Ehepacten vom 31. Mai 1861 entscheidet danach zunächst das Französische Recht, weil der verstorbene Rauch damals seinen Wohnsitz zu Paris hatte.

Andererseits steht es ebenso fest, daß die gesetzliche Nachfolge in den Nachlaß eines Verstorbenen — abgesehen von einer unter Umständen möglichen Ausnahme für Immobilien, — sich nach den Gesetzen am letzten Wohnsitz des Erblassers richtet und nur danach richten kann. Daraus folgt, daß diejenigen Rechte an den Nachlaß eines verstorbenen Ehegatten, welche nicht als Ausfluß eines besonderen Güterrechts der Eheleute, sondern als wahre Erbrechte zu betrachten sind, ebenfalls nach den am letzten Domicil des Verstorbenen geltenden Gesetzen beurtheilt werden müssen; wie dies auch die Rechtslehrer anerkennen, welche einem Wechsel des Domicils keinen Einfluß auf die gesetzlichen Güterrechte der Eheleute einräumen,

s. v. Savigny Syst. Bd. 8. S. 336.

Es fragt sich hiernach, wie es in dem Fall sei, wenn frühere vertragsmäßige Festsetzungen der Eheleute mit den am letzten Wohnort derselben bestehenden gesetzlichen Erbrechten in Conflict treten. Hier muß unbedenklich behauptet werden, daß die Gesetze am letzten Domicil allein den entscheidenden Ausschlag geben. Soweit Eheverträge über die künftige Erbfolge in den Nachlaß eines Ehegatten Bestimmungen treffen, sind sie Erbverträge, beschäftigen sich also mit denjenigen Rechtsverhältnissen, welche erst nach dem Tode des Ehegatten, um dessen Nachlaß es sich handelt, zur Entstehung und Verwirklichung gelangen, ändern im voraus diese Rechtsverhältnisse durch Privatwillkür ab. Die Frage aber, unter welchen Voraussetzungen und inwieweit dies zulässig sei, kann nur aus den Gesetzen entschieden werden, unter deren Herrschaft die zu ändernden Rechtsverhältnisse selbst stehen, weil es von eben diesen Gesetzen abhängt, welche Stärke den durch sie verliehenen Erbberechtigungen der Privatwillkür gegenüber zukommen soll. Haben die Gesetze am letzten Wohnort der Eheleute bestimmten Erbberechtigungen die besondere Kraft beigelegt, daß sie die regelmäßigen Wirkungen vertragsmäßiger oder testamentarischer Verfügungen durchbrechen, ungeachtet solcher Verfügungen zur Geltung kommen sollen, so kann es für diesen erhöhten Schutz keinen Unterschied begründen, ob die vorausgegangene Privatdisposition unter einer Gesetzgebung getroffen wurde, nach welcher ihr für den fraglichen Todesfall andere und schwächere Erbberechtigungen gegenübergestanden

haben würden; denn an die Stelle dieser andern und schwächeren, überall nicht zur Verwirklichung gelangten Erbberechtigungen sind eben die mit dem stärkeren Schutz versehenen des letzten Wohnortes getreten. So gut daher einem früheren Testament gegenüber das Pflichttheilsrecht am letzten Wohnort des Erblassers,

vrgl. Fr. Krebs ca. Rosalino. März 1861 (Frkf. Vereinssamml. Bd. 6. S. 24—26)

und bei zeitlicher Collision der Gesetze das zur Zeit des Todes des Erblassers geltende Pflichttheilsrecht,

vrgl. Br. Awerbäck ca. Awerbäck Wwe. April 1844 (p. 24 ff.)

ausschließlich zur Anwendung zu bringen ist, so gut muß dasselbe allen Rechtsgeschäften von Todes wegen, also auch Erbverträgen gegenüber, angenommen werden. Und die bisherige Rechtsprechung des Ober-Appellations-Gerichts bietet hierfür darin eine Bestätigung, daß in einer Bremischen Sache erkannt worden ist, die Frage, ob Erbverträge überhaupt und inwieweit als rechtlich wirksam anzuerkennen seien, müsse nach den am letzten Wohnort des Erblassers geltenden Rechten entschieden werden.

Br. Loebig Vormünder ca. Loebig. Novbr. 1862 (s. Hamburg. Gerichtsz. von 1862 S. 415).

II., Es fragt sich hiernach weiter: welche Pflichttheilsrechte haben in Bremen die Kinder am väterlichen Nachlaß, wenn für die Ehe der Eltern keine Gütergemeinschaft bestand? Ganz außer Betracht ist hierbei der in den vorigen Instanzen mehrfach besprochene Streit zu lassen, ob den in einer Gütergemeinschaftsehe geborenen Kindern schon durch ihre Geburt ein festes Anrecht auf gewisse Antheile am Sammtgut erworben werde, oder ob erst mit dem Tode des einen Ehegatten ein festes Recht für sie entstehe; denn von diesem Streite hängt die Entscheidung über die Größe der den Character eines Pflichttheilsrechts an sich tragenden Erbrechte am Nachlaß des verstorbenen Ehegatten nicht ab.

Alles kommt vielmehr darauf an, ob die Vorschrift im Stat. 10 von 1433, wonach ein Vater seinen Kindern durch Geschäfte unter Lebenden oder von Todeswegen nur „den ihm gebührenden Antheil" des Vermögens (Kopftheil) entziehen darf, mit den vorigen Instanzen als ein für alle Erbfälle, somit auch für die Vererbung von Sondergut, bestimmter allgemeiner Rechtssatz, oder wie die Imploranten

behaupten, nur als eine auf die Voraussetzung bestehender ehelicher Gütergemeinschaft beschränkte Bestimmung aufzufassen sei.

1., Prüft man zunächst den Inhalt der Statuten selbst, so kann man nicht umhin, der Ansicht der Imploranten den Vorzug zu geben. Die Statuten sollten unverkennbar für das eheliche Güterverhältniß, und was damit zusammenhängt, gerade das specielle örtliche Recht aufzeichnen und näher bestimmen, wogegen ein Eingehen auf weitere Gebiete des Land- oder Reichsrechtes im Allgemeinen außer ihrem Zwecke lag. Soweit die Vermögensverhältnisse zwischen Eheleuten sowie zwischen Eltern und Kindern darin berührt werden, muß danach im Zweifel angenommen werden, daß dasjenige Rechtsverhältniß, welches jede Ehe in Bremen von selbst mit sich brachte, also das der Gütergemeinschaft (s. Ord. 86) den Gegenstand der Besprechung bilde. Es gilt dies von dem ganzen Abschnitt von Stat. 7 bis Stat. 13, wo überall einfach und anscheinend absolut Vorschriften über jene Güter- und Erbrechte gegeben werden, ohne des Falles, daß die Gütergemeinschaft durch besonderes Geding ganz oder theilweise ausgeschlossen wäre, welcher Fall unzweifelhaft schon damals mehrfach vorkam, wie u. a. Ord. 86 ergiebt,

vrgl. auch Kreffting zu Ord. 86, Fol. 228

zu gedenken; denn auch der in Stat. 8 (post. med.) für die zweite Verheirathung des Mannes gemachte Vorbehalt berührt wie Ord. 86 nur allgemein die Möglichkeit einer verabredeten Abschichtung oder ungleichen Theilung, ohne für diese Eventualität (abgesehen von der urkundlichen Form) eine statutarische Vorschrift aufzustellen. Dieses Stillschweigen kann nicht so gedeutet werden, als sollten sämmtliche Bestimmungen des Abschnittes auch da, wo die Gütergemeinschaft ausgeschlossen worden sei, zur Anwendung kommen, sondern nur so, daß man den Fall von Abänderungen durch Privatwillkür mit zu behandeln nicht für nöthig erachtete. Stat. 10 befindet sich nun mitten in dem gedachten Abschnitt, und man kann den Imploranten nicht Unrecht geben, wenn sie darauf hinweisen, daß der allgemeine Wortlaut hier ebenso wenig wie in Stat. 7 die Folgerung begründen darf, als habe ein über den Bereich der statutarischen Gütergemeinschaft hinausgehender Rechtssatz aufgestellt werden sollen. Mit Unrecht bezeichnet das Obergericht die Auf-

fassung der Imploranten als eine petitio principii, während die Auffassung durch den Zusammenhang des Stat. 10 mit den vorhergehenden und nachfolgenden Artikeln, sowie durch Zweck und Darstellungsweise dieses Abschnittes unterstützt wird, und es erst besonderer Gründe bedürfte, wenn Stat. 10 auch auf den Fall völlig getrennter Güterverhältnisse bezogen werden sollte. Es kommt aber hinzu, daß die Fassung des Stat. 10 selbst zu der Ausdehnung auf alle Erbfälle nicht wohl paßt. Es heißt, wenn ein Mann Erben habe, so sei er befugt, „synen deel de eme to boren mach vom alle sinen gude“ zu vergeben, an wen er wolle. Es ist nicht abzusehen, wie bei einem, ein reines Sondergut bildenden Vermögen des Vaters von einem ihm gebührenden Theil seines gesammten Gutes die Rede sein könne. Man müßte, um dies erklärlich zu finden, die Beschränkung, daß der Mann beim Vorhandensein von Frau und Kindern nur als theilweiser Eigenthümer seines Vermögens anzusehen wäre, als gemeindeutsches Recht zur Zeit der Abfassung der Statuten voraussetzen; und dazu fehlt es — da das Recht der nächsten Erben bei Veräußerungen nicht zu einem Quoten-Verhältniß führt, — an jedem Grunde. Dagegen war jene Ausdrucksweise für den Fall der Gütergemeinschaft, nach der lange gangbaren theoretischen Auffassung derselben, ebenso wie in Stat. 8 ante med., die ganz richtige und natürliche. Eben damit harmonirt es auch, daß nicht ein Verbot, mehr als einen Kopftheil zu vergeben, ausgesprochen, sondern die positive Wendung genommen worden ist, der Mann möge den ihm gebührenden Theil an seinem ganzen Vermögen weggeben, indem bei der Gütergemeinschaft, wie sie sich aus Stat. 7 und 8 ergiebt, wohl ein Zweifel, ob der Mann über irgend einen Theil des Sammtguts schenkungsweise oder letztwillig verfügen könne, schwerlich aber der Gedanke, man möchte ihm die Macht zuschreiben, das Ganze zu vergeben, berührt und beseitigt zu werden brauchte.

Sehr entschieden der entgegengesetzten Ansicht ist allerdings mit den vorigen Instanzen

> Post Sammtgut S. 21 ff, S. 42, S. 114, S. 130 ff, und wiederholt in seinem Privatrecht, Bd. 2, § 201.

Für das Verständniß von Stat. 10 selbst beruft er sich aber auch nur auf die eben besprochene allgemeine Ausdrucksweise der

Stelle. Wenn derselbe dabei noch auf die Worte „van alle sinen gude" hinweist, so kann in diesen nur eine Bezeichnung für das unter der Herrschaft des Mannes stehende Sammtgut, nicht aber eine Hindeutung auf die Möglichkeit anderen Vermögens außer dem Sammtgut gefunden werden. Und von den als Parallelstellen von Post angeführten Stat. 11, 23 und 24 gilt ganz dasselbe, was oben über Stat. 7—13 gesagt worden ist.

2., Es läßt sich aber auch nicht annehmen, daß Stat. 10 im Laufe der Zeit zu einem allgemeinen Satze des Erbrechts erweitert worden sei. Mit Unrecht wird die Bremische Doctrin von Post als eine von jeher mit seiner Ansicht übereinstimmende bezeichnet. Die von demselben aus

Kreffting Glosse zu Stat. 7 (Fol. 278 ff.)
Koch synopsis et concordantia p.p. V, 9 sq.

angeführten Stellen ergeben über die Auslegung des Stat. 10 nichts Bestimmtes, indem sie nur sagen, daß den bei Wiederverheirathung einer Wittwe abgetheilten Kindern das Erbrecht (Intestaterbrecht) an einem nicht mit zur Theilung gezogenen Sondergut der Mutter nicht verloren gehe. Dagegen läßt die Art und Weise, wie Kreffting sich zu Stat. 10 selbst, sowie zu Stat. 11, (Fol. 241 ff.) ausspricht, nicht wohl daran zweifeln, daß er die Vorschrift des Stat. 10 nur als eine den Fall der Gütergemeinschaft voraussetzende aufgefaßt habe. Dasselbe gilt von

Lampe de testamentifact. Brem. (1770) Cap. II §. 4.
Gildemeister de communione bon. (1775) §. 22. p. 78—80.
Deneken Vorles. (1798) S. 18. 25.
von Post Gütergemeinsch. (1802) S. 51 ff.

Die von den vorigen Instanzen und von Post angeführten Aeußerungen von

Berck Güterrecht der Eheg. S. 366 und Not. 447, 464 und 464a.

beziehen sich gleich der vorhin erwähnten Kreffting's (zu Stat. 7) nur auf den besonderen Fall, wo nach der Abtheilung einer Wittwe mit ihren Kindern erster Ehe noch ein nicht mit zur Theilung gelangtes oder später durch Erbfälle hinzugekommenes Vermögen der Wittwe in Frage steht; in welchem Falle der Gesichtspunkt eines Anspruchs auf nachträgliche Vervollständigung der früheren Abschichtung nicht ohne Einfluß bleiben konnte. An der Stelle aber, wo Berck speciell das Stat. 10 bespricht (§. 22 S. 281 ff),

geht er entschieden davon aus, daß dasselbe sich nur mit dem Sammtgut beschäftige, und bezieht sich zugleich darauf, daß das Statut von der heutigen Meinung, wie schon in älteren Schedungen, so verstanden werde. Was sodann die Bremische Praxis betrifft, so wird vorzugsweise nur eine neuere Praxis geltend gemacht, und diese speciell nur mit drei obergerichtlichen Entscheidungen aus den Jahren 1849/50, 1862 und 1863 belegt. Aus dem, was das Obergericht in der gegenwärtigen Sache darüber mittheilt, läßt sich die Begründung jener Entscheidungen nicht vollständig genug erkennen. Jedenfalls kann aber aus den namhaft gemachten drei einzelnen Entscheidungen kein Schluß auf eine feste Praxis und eine dadurch bekundete bindende Usualinterpretation gezogen werden; um so weniger, da

Post Sammtgut S. 114. Note 3

von früheren abweichenden Entscheidungen des Obergerichts aus dem Jahre 1840 spricht.

Muß hiernach angenommen werden, daß Stat. 10 über die Erbfolge in elterliches Sondervermögen weder nach seinem Inhalt selbst, noch nach der ihm durch die Praxis zu Theil gewordenen Auslegung eine Bestimmung enthält, so ist das gemeine Recht für solche Fälle ebenso, wie für das Pflichttheilsrecht der Geschwister,

vrgl. Oldendorff ca. Egestorff Janr. 1854,

als das maßgebende anzusehen. Den Rauch'schen Kindern steht daher nur das römische Pflichttheilsrecht zur Seite.

III., Wendet man sich nun zu der concreten Frage, ob und inwieweit die Rauch'schen Kinder durch den im November 1871 abgeschlossenen Vertrag in ihren rechtlichen Interessen verletzt seien, so kommen drei Punkte in Betracht: der Beisitz der Wwe Rauch (§ 1 und 2 des Vertrags), die Beseitigung der Vormundschaft (§. 3) und die Auszahlung der Legate (§. 4).

1., Daß der Pflichttheil von jeder Beschwerung freibleiben muß, steht fest. Und gewiß ist, daß das Beisitzrecht einer Bremischen Wittwe eine noch stärkere Beschränkung der freien Verfügung mit sich bringt, als ein einfaches Nießbrauchs- und Verwaltungsrecht. Es unterliegt daher keinem Zweifel, daß die Rauch'schen Kinder für das ihnen als Pflichttheil zukommende Vermögen die Beseitigung des Beisitzrechtes ihrer Mutter beanspruchen können; die hiergegen von

den Imploranten aus §. 7 der Verordnung vom 19. December 1833 (Ergänzung zu §. 8 der Ehepacten-Verordnung vom 13. März 1754) gezogene Folgerung bedarf keiner Widerlegung. Deshalb eignet sich der Vertrag vom November 1871 zur obrigkeitlichen Bestätigung nur dann, wenn jene Beschwerung durch anderweitige Umstände für ausgeglichen oder gerechtfertigt zu erachten ist. Das durfte aber allerdings angenommen werden.

Vor Allem kommt in Betracht, daß nicht nur der verstorbene Rauch selbst am Besten für seine Kinder gesorgt zu haben glaubte, indem er testamentarisch seiner Frau das volle Beisitzrecht einer Bremischen Wittwe einräumte, sondern auch die mit den Verhältnissen am genauesten vertrauten nächsten Verwandten beider Eheleute völlig damit übereinstimmen. Es würde sehr wichtiger Gründe bedürfen, um den Vormündern bei dieser Einigkeit in der Familie das Eingehen auf Erfüllung des väterlichen Willens unmöglich zu machen. Diese Rücksicht fällt um so stärker in's Gewicht, wenn man bedenkt, daß die Wittwe Rauch den Beisitz am Nachlaß ihres Mannes, mindestens einfachen Nießbrauch und Verwaltung desselben, entschieden als ein durch den Ehevertrag von 1861 und das Testament von 1870 begründetes Recht für sich in Anspruch nimmt. Beharrt sie dabei, so würden die Vormünder genöthigt werden, gegen den Willen des verstorbenen Vaters und gegen ihre eigne Ansicht einen Proceß gegen die Wittwe zu führen.

Weiter haben die Imploranten mit Recht herorgehoben, daß der Vertrag, dessen Bestätigung sie beantragen, nur diejenige Einrichtung trifft, welche in Bremen bei jeder Ehe von selbst eintritt, wenn nichts anderes verabredet worden ist. Unmöglich kann man gerade das Rechtsverhältniß zwischen der überlebenden Wittwe und ihren Kindern, welches die Bremische Gesetzgebung als das natürlichste und zweckmäßigste hinstellt und welches dort als ein Vorzug vor andern Gesetzgebungen gerühmt wird, als ein bedenkliches und die Interessen der Kinder beeinträchtigendes bezeichnen, wenn es im Wege vertragsmäßiger Vereinbarung herbeigeführt wird. Ein gedeihlicher Erfolg dieses Rechtsverhältnisses hängt allein davon ab ob der Wittwe das genügende Vertrauen geschenkt werden kann, daß sie theils zur freien Verwaltung des Sammtgutes befähigt sei, theils ihre ausgedehnten Befugnisse nicht zum Nachtheil der Kinder

mißbrauchen werde. Wenn das Bremische Recht dieses Vertrauen jeder Ehefrau ohne Weiteres für den Todesfall des Mannes schenkt, so ist sicher ein sehr verstärkter Grund zu solchem Vertrauen vorhanden, wenn der Ehemann nach neunjähriger Ehe aus freien Stücken seiner Wittwe das Beisitzrecht überträgt, und die zu den beiderseitigen Verwandten gehörigen Testamentsexecutoren und Vormünder die Wittwe jenes Vertrauens in aller Hinsicht für würdig erklären.

Endlich wird auch in pecuniärer Hinsicht den Rauch'schen Kindern für die durch den Beisitz der Mutter bedingte Beschränkung ihrer Rechte ein angemessenes Aequivalent geboten. Nach dem Vertrag soll das Rechtsverhälniß zwischen den Kindern und ihrer Mutter in allen Beziehungen so behandelt werden, als hätte die letztere mit ihrem verstorbenen Ehemanne in der statutarischen Gütergemeinschaft gelebt, und es ist noch besonders ausgesprochen, daß sowohl das jetzige als das zukünftige Vermögen der Wittwe Rauch nebst dessen Aufkünften in die gemeinsame Beisitzmasse fließen soll. Damit ist die Stellung zu vergleichen, welche die Rauch'schen Kinder in Beziehung auf das Vermögen ihrer Eltern ohne den Vertrag einnehmen würden. Legt man nach der obigen Ausführung das gemeine Recht zu Grunde, und berücksichtigt zugleich, daß bei getrennten Güterverhältnissen den Ehegatten in Bremen keine statutarische Portion zukommt,

> s. Post Sammtgut, S. 42, S. 102 und Privatr. II. §. 199
> vergl. das oben erwähnte Präjudicat Awerbäck
> ca. Awerbäck Wittwe April 1844 (p. 9)

so beträgt die Pflichttheilsquote der drei Rauch'schen Kinder zusammen ein Drittel des väterlichen Nachlasses. Die Kinder würden somit nur für $^1/_3$ des Nachlasses Befreiung von jeder Beschwerung erlangen können, für die übrigen ihnen der Substanz nach zugewendeten $^5/_{12}$ dagegen dem ausgedehnten Nießbrauchs- und Verwaltungsrecht ihrer Mutter unterworfen bleiben, und würden die Mutter auch an der freien Verfügung über $^2/_3$ ihres eigenen Vermögens nicht hindern können. Das ihnen durch die Einwerfung des ganzen jetzigen und künftigen mütterlichen Vermögens in die gemeinsame Beisitzmasse gewährte feste vertragsmäßige Recht bietet somit ein sehr erhebliches Aequivalent, wenn auch die Voraussetzung der Imploranten, die

Kinder müßten, wenn sie Freiheit ihres Pflichttheils verlangten, auf das ihnen über den Pflichttheil hinaus Hinterlassene verzichten, nicht zutrifft.

2., Wenn nach dem Bisherigen die §.§. 1 und 2 des beabsichtigten Vertrags vom rechtlichen Standpuncte aus sich zur Bestätigung eignen würden, so könnte dagegen von §. 3, worin die Aufhebung der Vormundschaft ausgesprochen ist, nicht dasselbe gesagt werden.

In dem Testament des verstorbenen Rauch §. 1 ist zwar mittelbar der Wille zu erkennen gegeben, daß durch das der Wittwe eingeräumte Beisitzrecht eine Vormundschaft über die Kinder entbehrlich gemacht werden soll. Allein wenngleich der Vater seinen Kindern testamentarisch Vormünder ernennen darf, so hängt es doch nicht von seiner Privatwillkür ab, die Vormundschaft ganz auszuschließen. Er vermag daher insoweit das gesetzliche Beisitzrecht einer Bremischen Wittwe nicht durch ein testamentarisch angeordnetes zu ersetzen. Auch hat die Bremische Vormundschaftsordnung von 1826 auf Fälle gleicher Art ausdrücklich Rücksicht genommen, indem sie in §. 85 bestimmt, daß, wenn durch Verträge der Eltern das Vermögen, der Unterhalt und die Erziehung der Pfleglinge auf andere Personen als die Vormünder übergehe, die unmittelbare vormundschaftliche Verwaltung und Vorsorge ruhen solle, und die Vormünder nur eine gewisse Aufsichtsführung zu übernehmen haben. Der §. 85 muß daher auf den vorliegenden völlig analogen Fall ebenfalls Anwendung finden.

Die Imploranten haben indessen schon in ihrem Libell voriger Instanz p. 20 im Allgemeinen ihre Geneigtheit zu jedem in dieser Hinsicht zu treffenden angemessenen Ausweg zu erkennen gegeben, und im Libell jetziger Instanz p. 11 noch ausdrücklich erklärt, sie würden sich dabei beruhigen, wenn Vormünder mit bloß controlirender Stellung ernannt werden sollten. Es liegt somit in diesem Punkt kein definitives Hinderniß vor, wenngleich der Vertrag in seinem jetzigen Wortlaut nicht bestätigt werden kann.

3., Zu einem gleichen Resultat mußte man bei dem dritten Punkt, der Entrichtung der Legate, gelangen.

Es ist zwar in dem Vormünder-Bericht vom 17. Januar 1872, auf Grund der eidesstattlichen Versicherung eines der Vormünder

(des Bruders der Wittwe Rauch), eine nähere Angabe über den Betrag der hinterlassenen Legate gemacht worden. Allein schon deshalb, weil der verstorbene Rauch seiner Wittwe überlassen hat, nach ihrem Ermessen Abänderungen zu beschließen, bietet jene Angabe keine vollkommen sichre Garantie über den Gesammtbetrag der Legate. Es erscheint daher nicht unbedenklich, schließt vielmehr eine mögliche Gefährdung für die Interessen der Rauch'schen Kinder in sich, wenn in §. 4 des projectirten Vertrages die Auszahlung sämmtlicher Legate ohne Vorbehalt vereinbart worden ist.

Auch in dieser Hinsicht liegt aber ein bestimmtes Erbieten vor, wodurch sich das Bedenken beseitigen würde. In dem gedachten Vormünderbericht p. 7. ist erklärt worden, die Wittwe Rauch sei laut eines (jetzt nicht bei den Acten befindlichen) Reverses bereit, die Vollziehung der Verfügungen ihres Mannes, soweit sie etwa seine Rechte überschreiten sollten, auf ihren eignen Kopftheil zu übernehmen. Die Erledigung dieses Punktes wird daher ebenfalls der Genehmigung des Vertrages vorauszugehen haben. Davon kann auch die Erwägung nicht abhalten, daß das, was die Wittwe in Folge jenes Erbietens zahle, wieder an dem abgehe, was nach §. 2 des Vertrages als mütterliches Vermögen in die gemeinsame Beisitzmasse gelangen werde. Denn es muß formell daran festgehalten werden, daß den Kindern unbedingt gewahrt bleiben muß, was ihnen aus der Substanz des väterlichen Nachlasses gebührt, während sie vor definitiven Abschluß des Vertrags auf das mütterliche Vermögen noch keine Ansprüche haben.

15.

Der Bremische Staat, Kläger, wider Johann Erling zu Bremen, Beklagten, die Benutzung eines Mühlenplatzes betr.

Urtheil vom 31. März 1874.

Bei den auf Wallgrund in Bremen von Privaten errichteten Gebäuden besteht präsumtiv nur ein superficiarisches Recht.

Ein durch Lassung erworbenes Recht kann vermöge der doli exceptio unwirksam gemacht werden.

Die Entscheidungsgründe führen aus:

I., Das Eigenthumsrecht des Appellanten an dem Mühlenplatze.

1., In den Entscheidungsgründen zur Sache J. C. H. Stake Erben wider den Bremischen Staat (Juli 1868) hatte das Ober-Appellations-Gericht den Rechtsgrundsatz ausgesprochen:

daß bei den auf Wallgrund errichteten Gebäuden präsumtiv, wo nicht wirkliches Eigenthum an Grund und Boden bestimmt nachgewiesen werden kann, immer nur ein superficiarisches Recht anzunehmen sei.

Hiezu war aber das Ober-Appellations-Gericht keineswegs unter Berücksichtigung der speciellen, die Stake'sche Mühle betreffenden Verhältnisse gelangt, sondern es ergab sich dieser, für jegliche auf Wallgrund errichteten Gebäude geltende Grundsatz theils aus dem Zwecke, welchem die städtischen Wälle für die Zeit des 17. Jahrhunderts zweifellos zu dienen bestimmt waren, theils aus den Wallordnungen der Jahre 1721, 1804, sowie aus der Verordnung betreffend die Ausdehnung des Weichbildes vom 22. October 1809.

Wenn demnach das Ober-Appellations-Gericht in den angeführten Entscheidungsgründen zwar sagt, (Kierulff, Bd. IV. S. 547) daß man zu einer Zeit, wo die Bestimmung des Walles darin bestand, zur wirklichen Befestigung der Stadt zu dienen, noch gar nicht daran denken konnte, Theile des Wallgrundes ins Privateigenthum übergehen zu lassen, und daß dieses für die politischen Verhältnisse des 17. Jahrhunderts keiner speciellen Nachweisung bedürfe, so kann hieraus mit dem Appellanten gewiß nicht entnommen werden, daß das Ober-Appellations-Gericht das Nichtausthun des Wallgrundes zu Privateigenthum für das 18. Jahrhundert in Abrede gestellt habe. Im Gegentheil! Für das 17. Jahrhundert glaubt das Ober-Appellations-Gericht keines Beweises dafür zu bedürfen, daß Wallgrund zu Privateigenthum nicht ausgethan sei, während für das 18. und den Anfang des 19. Jahrhunderts der Beweis hiefür in den oben angeführten Bremischen Gesetzen und

im Zusammenhange derselben mit den früheren Zuständen gefunden wurde.

Appellant legt nun darauf Gewicht, daß für seine Mühle der ursprüngliche Verleihungsbrief, der „Wallbrief“ nicht vorhanden sei, und daß demgemäß auch alle diejenigen Folgerungen, welche das Ober=Appellations=Gericht für die Stake'sche Mühle aus dem Wallbriefe habe ziehen können, für seine Mühle fortfallen müßten.

Jedoch, jenes Resultat, zu welchem das Ober=Appellations=Gericht in der Stake'schen Sache gelangte, daß nämlich präsumtiv den Mühlenbesitzern nur ein superficiarisches Recht zustehe, ist, wie oben gezeigt, keineswegs aus dem die Stake'sche Mühle betreffenden Wallbriefe entnommen. Dieser diente vielmehr in jener Entscheidung nur dazu, positiv den Beweis dafür zu liefern, daß jene aus anderen Umständen gewonnene Präsumtion auch auf die Stake'sche Mühle Anwendung finde. Hätte jener Wallbrief gefehlt, so würde das Ober=Appellations=Gericht entsprechend seiner die Rechtsverhältnisse der auf Wallgrund errichteten Gebäude entsprechenden Anschauung sich dennoch dahin zu erklären gehabt haben, daß, da für die Stake'sche Mühle „wirkliches Eigenthum am Grund und Boden nicht nachgewiesen sei“ diejenige Präsumtion, welche für jegliche auf Wallgrund errichteten Gebäude Geltung habe, auch auf diese Mühle zuträfe. Der Wallbrief und die Bezugnahme auf denselben bei den späteren Veräußerungen der Mühle hatte demnach nicht die Bedeutung des alleinigen Grundes, demzufolge Stake auf das superficiarische Recht beschränkt blieb, sondern es zeigte der Wallbrief nur, daß es für die Stake'sche Mühle jener für alle Wallmühlen geltenden Präsumtion gar nicht bedurft hätte, um die Entscheidung zu begründen, welche wirklich getroffen wurde.

Um nun darzuthun, daß ihm wirkliches Eigenthum am Grund und Boden zustehe, beruft sich Appellant auf den von ihm [4] zu den Akten gebrachten Auszug aus dem Bremischen Erbebuche.

Zunächst weist er auf die Ueberschrift dieser — die Lassung von 1857 betreffenden — Urkunde hin, in welcher die Worte sich finden: „betreffend das Immobile auf dem Walle No. 12“. Allein im Hinblick sowohl auf die Entscheidungsgründe in der Stake'schen Sache, sowie auch auf den Wortlaut des §. 7 der

E. H. O. von 1833 hätte die Hinfälligkeit dieses Arguments kaum verkannt werden dürfen. Der Ausdruck „Immobile" rechtfertigt sich vollkommen dadurch, daß es sich um die Veräußerung einer Windmühle handelt, und dafür, daß außer der Windmühle auch der Grund und Boden zu Eigenthum erworben sei, ist aus dem Ausdrucke „Immobile" nichts zu entnehmen.

Weiter nimmt Appellant Bezug auf die Beschreibung des Immobile, welche dahin lautet:

> Dies Immobile ist belegen in der Altstadt auf dem Stephanithorswalle No. 12, benachbart ringsumher von städtischem Wallgrunde, besteht aus einem Windmühlenplatze nebst darauf erbauter Mühle und Zubehör.
>
> Der Platz, worauf die Mühle steht, gehört zu derselben, soweit es die früher zum Drehen der Mühle benutzten und noch vorhandenen Pfähle anweisen, und es beträgt der Durchmesser des Platzes vom Süden nach Norden gemessen ca. 81 Fuß.

Appellant vermeint nun, daraus, daß die Beschreibung das Immobile als ringsum von städtischem Wallgrunde begrenzt bezeichne, folgern zu dürfen, daß das Immobile selbst städtischer Wallgrund nicht sei. Es kann aber einem Zweifel nicht unterliegen, daß, wenn die Beschreibung die Beschaffenheit der begrenzenden Grundstücke nach einer gewissen Richtung hin bezeichnet, hieraus für die Beschaffenheit des begrenzten Grundstücks selbst gar nichts folgt. Dieses kann vielmehr, ohne daß hiedurch ein Wiederspruch mit der Beschreibung entstände, ebensowohl städtisches, wie auch nicht städtisches Eigenthum sein.

Auch die Worte: „das Immobile besteht aus einem Windmühlenplatze nebst darauf erbauter Windmühle nebst Zubehör" sind nicht geeignet die Ansprüche des Appellanten zu unterstützen. Denn nicht bildet hienach das Veräußerungsobjekt ein Stück Wallgrund von der und der Größe und Beschaffenheit; sondern veräußert wird lediglich ein „Windmühlenplatz". Daß nun aber, wenn auf dem Wallgrunde „Windmühlenplätze" veräußert werden, der Erwerber derselben Eigenthum an diesen Windmühlenplätzen präsumtiv nicht erwirbt, das ist mit Rücksicht auf die oft erwähnte Entscheidung des Ober-Appellations-Gerichts nicht weiter

in Zweifel zu ziehen. Stünde daher in der Lassung von 1857 auch gar nichts davon, daß auf dem „Windmühlenplatze" eine Mühle erbaut sei, beschränkte sich vielmehr die Erwerbung des Beklagten lediglich auf den „Windmühlenplatz", so würde auch ein solcher Inhalt der Lassung für das Eigenthumsrecht des Appellanten gar nichts, sondern nur das darthun, daß Appellant einen „Mühlenplatz" d. h. einen Platz, auf welchem eine Mühle zu erbauen ihm das Recht zustehe, erworben habe.

Nun sagt aber die Beschreibung noch weiter:

> „der Platz, worauf die Mühle steht, gehört zu derselben"

und diese Worte können namentlich in Verbindung mit den unmittelbar darauf folgenden:

> „soweit es die früher zum Drehen der Mühle benutzten und noch vorhandenen Pfähle anweisen"

einen Zweifel darüber nicht aufkommen lassen, daß nur die Mühle das eigentliche Kaufobjekt sei, daß dagegen der Mühlenplatz nur insoweit mit erkauft worden, als derselbe für die Zwecke des Mühlenbetriebes, und nur für diese, zu dienen bestimmt ist.

Diese Auffassung der Lassung von 1857 wird aber lediglich bestätigt, wenn man auf die älteren, die appellantische Mühle betreffenden Urkunden eingeht. Hier steht es:

> 1762: „die Mühle hat eine freie Flucht oder Wind, einen freien Grund, worauf solche steht, auch einen freien Fuhrweg nach derselben."
>
> 1770: Die Wind-Mühle mit allem dazu gehörigen Recht und Gerechtigkeiten. Es wird gebeten, den Verkauf „dieser Windmühle mit allen dazu gehörigen Geräthschaften" zu bestätigen.
>
> 1815: Verkauft wird: „die Windmühle mit allem Zubehör, Rechten und Gerechtigkeiten" und es wird „diese Mühle und Erbe" dem Käufer abgetreten.
>
> 1819: (die älteren Handfesten) „Windmühle und Zubehör, was diese Pertinenzen besser sind, denn zwei Reichsthaler 48 Grote jährlichen Grundzinses."
>
> 1826: „die Windmühle mit aller Gerechtsame und Zubehör" wird verkauft, und gebeten „diese Mühle" auf des Käufers Namen in das Erbebuch verzeichnen zu lassen.

Erst bei der im Jahre 1839 vorgenommenen Veräußerung der Mühle finden sich die gleichen Ausdrücke, welche auch die Lassung von 1857 aufweist.

Es kann nun nicht zweifelhaft sein, daß die bis zum Jahre 1839 reichenden Urkunden nicht den geringsten Anhalt für die Annahme gewähren, daß für den Mühlenplatz am Stephanithorswalle andere Verhältnisse existirt hätten, als für die altstädtischen Wallmühlen überhaupt. Nicht das Geringste wird aus diesen Urkunden dafür beigebracht, daß der Eigenthümer der Stephanithorsmühle statt des superficiarischen Rechts Eigenthum am Wallgrunde gehabt habe.

Wenn nun die in der Lassung von 1857 enthaltenen Ausdrücke den Sinn haben sollten, welchen Appellant denselben beilegen will, so müßte das Gleiche auch in Betreff der bereits im Jahre 1839 ausgestellten Urkunde behauptet werden. In diesem Falle aber müßte das Eigenthum am Wallgrunde in der Zeit von 1826 bis 1839 vom Staate auf den superficiarisch berechtigten Mühlenbesitzer übergegangen sein. Und wäre dieses geschehen, so würden hierüber die Akten des Erbe- und Handfestenamtes irgend etwas enthalten, was jedoch nicht der Fall ist; wie denn auch Appellant einen Eigenthumsübergang für die in Frage stehende Zeit nirgends behauptet hat.

Zwar scheint es, als ob der Vater des Appellanten aus der Lassung von 1839 Eigenthumsrechte am Wallgrunde habe in Anspruch nehmen wollen. Derselbe will nämlich (Akten des Erbe- und Handfesten-Amtes [26]) auf sein Immobile Handfesten willigen — „in sein in der Altstadt (beim Stephanithore) belegenes Immobile bestehend aus Mühlenplatz, nebst darauf erbauter Windmühle No. 12 und Zubehör —." Diese Wortfassung erschien jedoch dem Erb- und Handfestenamte verleitlich, und so wurden die hervorgehobenen Worte dahin geändert: „in sein in der Altstadt belegenes Immobile, bestehend aus einer Windmühle No. 12, dazu gehörigem Mühlenplatze und Zubehör."

Hält man dies Alles zu dem Wortlaute der Lassung von 1857, so gelangt man um so mehr zu dem Resultate, daß durch die von dem Appellanten in Bezug genommenen Ausdruckswendungen dieser Urkunde für das freie Eigenthumsrecht am Mühlenplatze nichts folge.

Ist dieses aber der Fall, so kann

2., auch der Akt der Lassung selbst das Eigenthumsrecht des Appellanten nicht begründet haben.

Es wird allerdings dem Appellanten darin beigetreten werden können, daß, wenn der Grund und Boden, auf welchem die Mühle steht, das Lassungsobjekt gewesen wäre, dann auch Eigenthumsübergang an diesem Lassungsobject auf den Erwerber in Gemäßheit des §. 17 der Erbe- und Handfesten-Ordnung stattgefunden hätte. Und auch darin wird dem Appellanten beizutreten sein, wenn derselbe auf die Entscheidungsgründe zu dem Urtheile in der Stake'schen Sache Bezug nehmend, darauf hinweist, daß Alles darauf ankomme, was Gegenstand der Lassung gewesen sei.

Wenn aber in der Stake'schen Sache das Ober-Appellations-Gericht in der Lage war, die Frage, was Gegenstand der Lassung gewesen sei, auch unter Bezugnahme auf den ursprünglichen Wallbrief beantworten zu können, so folgt hieraus noch keineswegs, daß, da die Bezugnahme auf den Wallbrief für die vorliegende Lassung wegfällt, aus diesem Grunde angenommen werden müsse, daß ein bestimmter Theil des Wallgrundes als solcher Gegenstand der Lassung gewesen sei. Denn der ursprüngliche Wallbrief ist keineswegs das einzige Interpretationsmittel der jetzt in Frage stehenden Lassung; vielmehr ist bereits gezeigt worden, daß der Inhalt der Lassung von 1857 selbst, namentlich unter Berücksichtigung der älteren, die Mühle betreffenden Urkunden, es darthut, daß nicht ein Stück Wallgrund als solches, sondern nur insoweit dasselbe als Zubehör der Mühle, als Voraussetzung des Mühlenbetriebes aufzufassen ist, den Gegenstand der Lassung gebildet habe.

Ist dieses aber nicht zu bezweifeln, so kann auch auf die, übrigens vollkommen unbegründet gelassene Behauptung des Appellanten, es habe im Jahre 1857 allseitiges Einvernehmen nicht nur seitens des Käufers und des Verkäufers, sondern auch seitens der Beamten des Erbe- und Handfesten-Amtes darüber stattgefunden, daß Eigenthum an dem betreffenden Stücke Wallgrund habe übergehen sollen, nichts weiter ankommen. Denn hat nur die Lassung selbst einen bestimmten, die Rechte des Bremischen Staates wahrenden Sinn, so würde hieran auch dann nichts geändert werden können, wenn die Beamten des Erbe- und Handfesten-Amtes über

diesen Sinn der Lassung im Unklaren geblieben sein sollten, wofür es indessen, wie schon gesagt, an jeder Begründung fehlt.

Wäre aber auch die Lassung von 1857 ihrem Inhalte nach unklar, so würde diese Unklarheit nur dem Appellanten zum Nachtheile gereichen. Dann wäre die Absicht — sei es im Jahre 1839, sei es im Jahre 1857 — dahin gegangen, Aenderungen in den bisherigen Eigenthumsverhältnissen eintreten zu lassen, so hätte dieses in der unzweideutigsten Weise geschehen müssen, und jeder Zweifel hinsichtlich dessen, was in Anspruch genommen wird, würde, wie das Ober-Appellations-Gericht dies schon früher anerkannt hat,

Eberding ca. Juffrenbroich, 1846.

zum Nachtheile des Abkündigenden zu beseitigen sein.

II., Die Wohnungsberechtigung des Appellanten betreffend, so handelt es sich nach Lage der Sache in gegenwärtiger Instanz nur noch um die Frage, ob dem Appellaten der Beweis

daß Beklagter bei Verlassung der qu. Windmühle an ihn gewußt habe, sein Vater sei nicht berechtigt gewesen, eine Wohnung im Mühlengebäude zu haben oder zu benutzen

mit Recht nachgelassen sei. Entscheidend für die Bejahung der Frage ist Folgendes.

Als der Vater des Appellanten, der Bernd Erling, im Jahre 1839 die Mühle und Mühlenplatz durch Kauf (Versteigerung) erwarb, war sie eine mit dem Boden nur lose durch einen sogenannten Mäkler im Zusammenhange stehende Bockmühle, die nur zum Mühlenbetriebe benutzt ward und benutzt werden konnte. Erst im Jahre 1840 erhielt B. Erling die Erlaubniß zum Bau einer holländischen Mühle auf dem nämlichen Platz, jedoch wurde ihm ausdrücklich der Vorbehalt gemacht, daß eine Wohnung in derselben ohne besondere Genehmigung der Polizeidirektion nicht angelegt werden dürfe, und als er im Jahre 1841 von Neuem beim Senate die Erlaubniß zum Anbau an der Mühle behufs Einrichtung einer Wohnung nachsuchte, wurde er mit seinem Gesuch abschläglich beschieden, da dieser Mühlenplatz nur zum Behuf der Erbauung einer Windmühle seinem Vorbesitzer vom Staat gegeben, auch auf demselben nur eine Bockmühle ohne alle Wohnung gestanden habe. Was somit Bernd Erling damals de jure hatte, war lediglich eine auf Mühlenbetrieb beschränkte superficies. Wenn

er nun dessen ungeachtet thatsächlich eine Wohnung in der Mühle einrichtete, so gab er dadurch de facto dem Inhalte seines Rechts eine Erweiterung, und lediglich hievon, d. h. von einer faktischen Erweiterung des bestehenden Rechts, nicht von einer faktischen Ausübung der Servitut des Wohnens an der res superficiaria selbst kann hier die Rede sein. Diese faktisch erweiterte Superficies besaß nun B. Erling von 1841 bis 1857. Daß aber schon B. Erling hierdurch auch die an sich zum Inhalte des jus superficiarium gehörige Wohnung durch Ersitzung erworben habe, ist deshalb zu verneinen, weil — ganz abgesehen von der Frage, ob die Entstehung und Begründung eines solchen superficiarischen Rechts oder eines so erweiterten Rechts durch ordentliche Ersitzung überhaupt stattfinden kann — der Besitzer seinem dominus, dem Staate, gegenüber, von dem allein er ein solches neu erweitertes Recht ableiten konnte, diesen Besitz entweder heimlich oder doch nur vergünstigungsweise ausübte.

Hieraus aber ergiebt sich, daß, als der jetzige Besitzer der Mühle dieselbe 1856/57 erwarb, die Wohngerechtigkeit in der Mühle durch Ersitzung nicht erworben war; daß mithin die Frage, ob diese erweiterte superficiarische Berechtigung dem Appellanten durch Ersitzung erworben sei, lediglich in Bezug auf den von ihm selbst ausgeübten Besitz entschieden werden müßte. Wird nun aber appellatischerseits behauptet, daß Beklagter (Appellant) bei Verlassung der qu. Windmühle an ihn gewußt habe, sein Vater sei nicht berechtigt gewesen, eine Wohnung im Mühlengebäude zu haben oder zu benutzen, so würde diese Behauptung des Appellaten jedenfalls zum Beweise zu verstellen sein, selbst wenn — was hier jedoch vollkommen dahingestellt bleiben kann — abgesehen von der bestrittenen und eben deshalb zum Beweise zu verstellenden bona fides des Appellanten, derselbe in allen übrigen Beziehungen die Erfordernisse der Usukapion für sich geltend machen könnte.

Appellant stützt nun aber seine Wohnungberechtigung in der Mühle auch auf die Lassung. In der dieser zu Grunde liegenden Beschreibung heißt es: „in diesem massiven Unterbau ist parterre außer Wohnung ein Kuh- und Pferdestall nebst Anbau." Da nun hierauf die Lassung an den Appellanten folgte, und bei der Abkündigung eine Angabe seitens des Staates nicht geschehen ist, so

hatte das Obergericht hieraus mit Recht entnommen, daß Ersterer das, wie erwähnt, erweiterte superficiarische Recht erworben habe. Dritten gegenüber ist dadurch auch jedenfalls ein durch Einreden aus der Person des dominus nicht zu erschütterndes Recht erworben. Aber dem dominus selbst gegenüber, also demjenigen, dem gegenüber oder von dem er dies superficiarische, hinsichtlich seiner Erweiterung neu gestaltete Recht abzuleiten hatte, ist es sehr wohl denkbar, daß das an sich durch Lassung Erworbene dennoch vermöge der doli exceptio unwirksam gemacht werden kann. Dies versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, und bieten auch die Vorschriften der Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1833 namentlich auch die §§. 17 und 35a derselben keinen Anhalt dafür dar, daß das Gesetz in Widerspruch mit diesen sich von selbst verstehenden Grundsätzen habe treten wollen. Die Motive zu der jetzt geltenden Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1860 (Verhandlungen zwischen Senat und Bürgerschaft 1858. S. 199) bestätigen denn auch nur, daß die frühere Bremische Praxis die fraglichen Vorschriften der Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1833 in der hier dargelegten dem Sinne des Gesetzes entsprechenden Weise aufgefaßt habe. Diese Auffassung aber führt von selbst dazu, mit dem Obergericht dem Appellaten den Beweis darüber nachzulassen, daß Beklagter bei Verlassung der qu. Windmühle an ihn gewußt habe, sein Vater sei nicht berechtigt gewesen, eine Wohnung im Mühlengebäude zu haben, oder zu benutzen.

16.

Der Bremische Staat, Kläger, wider H. Ch. W. Weyhe, Beklagten, Beitrag zu den Anlagekosten der Humboldtstraße betr.

Urtheil vom 13. Juni 1874.

Der Privatunternehmer einer in eine staatsseitig angelegte Straße einmündenden Straße in Bremen hat zu den Kosten jener Straße nicht beizutragen.

Die Entscheidungsgründe lauten:

Kläger stützt seinen Klaganspruch auf die Verordnung vom 22/25. October 1845 (Samml. der Verordnungen von 1845. S. 85), auf die Verordnung vom 25. Mai 1863 (Gesetzbl. 1863. S. 115) sowie darauf, daß Beklagter laut [4] und [5] der Acten sich verpflichtet habe, in aller Hinsicht dem letzteren Gesetze, nämlich der obrigkeitlichen Verordnung vom 25. Mai 1863 nachzukommen.

In Frage kann aber nur kommen, ob die Klage durch die angeführten Gesetze begründet wird, da durch die Verpflichtung des Beklagten, den Bestimmungen des einen dieser Gesetze nachkommen zu wollen, ein selbständiger Klaggrund offensichtlich nicht entstanden sein kann. Was nun

I., die Verordnung vom 22/25. October 1845 betrifft, so kann durch dieselbe die Klage um deswillen nicht begründet werden, weil nach den Bremischen Bauordnungen — wie dieses zuletzt auch noch in der Bauordnung von 1863 §. 19 k bestimmt ist — das Grundeigenthum der von Privaten anzulegenden neuen Straßen an den Staat fällt, mithin der Staat Eigenthümer nicht nur der Haupt- sondern auch der in dieselben einmündenden Nebenstraßen wird, gleichviel ob er selbst oder eine Privatperson diese Straßen anlegte. Hieraus folgt aber, daß das an die Humboldtstraße grenzende Erbe der vier neu angelegten Straßen als ein Erbe des Staats, nicht aber als ein Erbe des Beklagten aufzufassen ist. Es wird zwar klägerischerseits hervorgehoben, daß die Umschreibung des Straßenareals auf den Staat nicht schon bei Ertheilung der Concession zur Straßenanlage sondern erst später erfolge, resp. später erfolgt sei, daß mithin von Ertheilung der Concession an bis zur erfolgten Umschreibung das Straßenareal im Eigenthume des Unternehmers verbleibe. Diese klägerische Anschauung erscheint indessen als indifferent. Denn, daß die Abtretung des Straßenareals an den Staat erfolgen muß, steht gesetzlich fest; ebenso, daß für die Erfüllung dieser Obliegenheit der Unternehmer Sicherheit zu bestellen hat; ebenso, daß der Unternehmer zur Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten durch Strafbefehle angehalten werden kann (1863. § 19 k, m, n). Wenn in dieser Weise der Staat betreffs des Eigenthumserwerbes des Straßenareals sicher gestellt ist, so steht es ihm nicht zu, sich darauf zu

berufen, daß er formell das Eigenthumsrecht erst dann erwerbe, wenn den Vorschriften der Erbe= und Handfesten=Ordnung nachgekommen sei. Es genügt vielmehr, daß durch die Ertheilung der Concession dem Unternehmer die Eigenthumsbefugnisse an dem zum Straßenbau bestimmten Areal materiell entzogen sind. Und damit schwindet der Begriff des „Erbes“, damit auch der Begriff des an die Staatsstraße gränzenden Grundstückes, damit auch die Möglichkeit, das Ausgangsrecht erwerben zu können.

Was sodann

II., die Bauordnung vom 25. Mai 1863, und zwar speciell die daselbst unter §. 19 f getroffene Vorschrift anbetrifft, so kommt folgendes in Betracht:

1., der Eingang des §. 19 enthält die Worte:

„In Betreff der von Privaten anzulegenden neuen Straßen“ und hieraus folgt, daß in allen Special=Bestimmungen des §. 19 von a—n, wo in denselben von „Straßen“, von „anzulegenden“ oder von „angelegten“ Straßen gesprochen wird, so lange nur an die von Privaten angelegten neuen Straßen zu denken ist, als nicht etwa das Gesetz selbst seine Vorschrift auch auf andere, als die in der Ueberschrift bezeichneten, namentlich also auch auf die seitens des Staats angelegten Straßen ausgedehnt haben sollte. Nun wird man aber vergeblich in §. 19 f eine Wortfassung des Gesetzes suchen, welche sich von der in den übrigen Nummern des Gesetzes — die unbestritten nur auf Privatstraßen zu beziehen sind — sich unterschiede. Die „angelegten Straßen“ des §. 19 f sind daher auch nur, der Ueberschrift des §. 19 entsprechend, neue von Privaten angelegte Straßen. Unter den „Dritten“ von denen §. 19 f handelt, sind aber alle diejenigen zu verstehen, welche nicht die Unternehmer dieser „von Privaten angelegten neuen Straßen“ sind, so daß also auch, falls der Staat an einer von einem Privaten hergestellten Straße bauen, oder eine von ihm angelegte Straße in eine privaterseits hergestellte Straße einmünden lassen wollte, er den in §. 19 f den „Dritten“ auferlegten Verpflichtungen nachkommen müßte. Dies führt aber nicht dazu, unter der „angelegten Straße“ des §. 19 f abweichend von der Ueberschrift und der sonstigen durchgängig gebrauchten Wortfassung des §. 19 sowohl staatsseitig wie auch privatseitig angelegte neue Straßen zu verstehen.

2., Faßt man den „historischen Zusammenhang" der einzelnen Bremischen Bauordnungen in's Auge, so ergiebt sich Folgendes: Der dem jetzigen §. 19 entsprechende §. 12 der Verordnung von 1841 — der ersten Bauordnung Bremens —, in welcher Bauordnung ebenso wie in den übrigen Bauordnungen vor 1863 eine dem jetzigen §. 19 f entsprechende Bestimmung fehlt, wie denn auch namentlich §. 12 c der Verordnung von 1841 gar nicht hierher gehört, hatte (G. S. S. 50 unter f) die Vorschrift getroffen:

> „Ob zu den Kosten der Bepflasterung und Anlegung der Straßen und Fußwege ein Beitrag vom Staate zu leisten sei, hängt davon ab, inwiefern die projectirte Anlage mehr oder weniger zum öffentlichen Nutzen gereicht, und unterliegt der Beurtheilung und Entscheidung des Senats und der Bürgerschaft oder der dazu etwa designirten Behörde."

Das hieß also: Derjenige, welcher aus Privatmitteln eine neue Straße herstellt, sie bepflastert u. s. w. und das Areal derselben dem Staate überträgt, von dem kann es allerdings gar nicht in Frage kommen, ob er hiefür auch noch dem Staate Geld zu zahlen habe (denn daß solches nicht verlangt werden könne, liegt auf der Hand), wohl aber kann ein solcher Privat-Unternehmer billigerweise beanspruchen, daß ihm staatsseitig ein Ersatz für die von ihm aufgewandten Opfer zu Theil werde. Und eine solche, wenn auch nur theilweise Entschädigung, soll ihm auch werden, wenn die von ihm hergestellte Anlage in höherem Maße zum öffentlichen Nutzen gereicht.

Den gleichen Standpunkt der Verordnung von 1841 nimmt auch die Verordnung von 1847 ein (§. 12 g) (G. S. S. 28).

Die Verordnung von 1853 hat dagegen eine staatsseitig zu gewährende Entschädigung an die Privat-Unternehmer nicht mehr in Aussicht gestellt, wie dies eine Vergleichung des §. 12 dieser Verordnung (G. S. S. 42) mit den §§. 12 der Verordnungen von 1841 und 1847 ergiebt.

Dadurch war nun der Privatunternehmer einer neuen Straße ganz allein auf sich angewiesen, aber unmöglich durfte man annehmen, daß an Stelle der seitens des Staates dem Privatunternehmer zu gewährenden Entschädigung, eine Entschädigungsforderung des Staates gegen den Privatunternehmer getreten sei. Dagegen lag

es nahe, daß man sich der Unbilligkeit klar wurde, wenn „Dritte" von den Opfern, die der Privatunternehmer bei Anlegung neuer Straßen gebracht, Vortheil ziehen sollten, ohne zu dem auch ihnen zum Vortheil gereichenden Werke irgend etwas beigetragen zu haben. Doch aber fehlte es nach dem Jahre 1853 an einer diese Verhältnisse regelnden gesetzlichen Bestimmung gänzlich; und es war daher etwas überaus naheliegendes, diese Lücke der Gesetzgebung bei einer erneuerten Revision der Bauordnungen zu ergänzen. Der organische, oder richtiger der historische Zusammenhang der Bremischen Bau-Gesetzgebung ergiebt demnach:

daß seitens des Privat-Unternehmers der in staatsseitig angelegte Straßen einmündenden neuen Straßen an den Staat keine Entschädigung zu zahlen ist, das war und ist in Bremen Rechtens,

daß dagegen der Staat eine Entschädigung an den Privatunternehmer zahlte, ist nur bis 1853 in Bremen Rechtens gewesen,

daß „Dritte" dem Privatunternehmer eine Entschädigung zu gewähren vepflichtet seien, ist erst 1863 gesetzlich anerkannt worden.

War somit die principale Beschwerde des Klägers aus den vorstehenden Gründen zu verwerfen, so kommt für die eventuelle Beschwerde — daß nicht unter Bestätigung des Erkenntnisses erster Instanz ad dec. 2. 3. Beklagter schuldig erkannt ist, dem Kläger von den Anlagekosten der Humboldtstraße für diejenige Strecke, auf welcher die Götheſtraße einmündet, ein Drittel zu ersetzen — nur noch Folgendes in Betracht.

Das Obergericht erster Instanz war zu der Unterscheidung zwischen der Götheſtraße und den drei anderen in die Humboldtstraße einmündenden Straßen dadurch gelangt, daß dasselbe nach ex officio vorgenommener Einsicht der Acten des Erbe- und Handfestenamtes gefunden hatte,

daß Beklagter niemals Eigenthümer des Terrains der Hornerstraße, Alwinenstraße und am Fesenfeld gewesen, dieses Terrain vielmehr schon vom Vorbesitzer dem Staate eigenthümlich verlassen sei, während Beklagter bei Anstellung der Klage noch Eigenthümer des Areals der Götheſtraße gewesen sei.

Es kann indessen nach Maßgabe der Bestimmung des §. 19 k der Verordnung von 1863, wie dieses des Näheren bereits oben I., dargelegt ist, nicht darauf ankommen, ob das zum Straßenbau

bestimmte Areal dem Staat schon bei Beginn des Straßenbaues mittelst Lassung übertragen war, oder ob diese Lassung erst nach begonnenen Bau stattgefunden hat.

17.

Lür Klatte zu Lankenau, Kläger, wider den Pastor Hermann Gottlieb Duntze zu Rablinghausen, Beklagten, Anerkennung einer Gerechtigkeit betreffend.

Urtheil vom 17. Juli 1874.

Die Beschreibung eines Immobile ist bei vorhandener Unklarheit gegen den Abkündigenden auszulegen.

Das Wort „Nachgras" bezeichnet weder im allgemeinen Sprachgebrauche noch juristisch einen festbegrenzten Begriff; der Inhalt des bezüglichen Nutzungsrechts ist daher zu beweisen.

Die bezüglichen Entscheidungsgründe lauten:

Von den vier Beschwerden, welche der Kläger in jetziger Instanz wiederholt hat, geht

I., die erste dahin, daß nicht die lediglich auf die klägerische Lassung gestützte Klage abgewiesen sei.

Diese Beschwerde war als unbegründet zu verwerfen. Es ist freilich richtig, wie schon das Untergericht bemerkt hat, daß die Klage lediglich auf die klägerische Lassung vom 26. November 1840 gestützt worden ist. Wenn der Kläger dem jetzt widerspricht und hervorhebt, er habe sich nur zum Behuf sofortiger Liquidstellung auf die Lassung berufen, so kann damit nur soviel gemeint sein, Kläger sei stets davon ausgegangen, daß die für sein Grundstück in Anspruch genommene Gerechtsame schon 1840 so, wie er sie in der Lassung ausgedrückt findet, bestanden habe. Denn nirgends hat der Kläger einen Rechtstitel behauptet, wodurch die klagend verfolgte Berechtigung dem Grundstück des Klägers entweder vor oder nach der Lassung erworben worden sei; der Inhalt der Lassung

ist das einzige im jetzigen Proceß geltend gemachte Klagfundament. Allein die Lassung bietet auch nach § 35 sub a, der Erbe- und Handfestenordnung von 1833 einen rechtlich genügenden Klaggrund dar. Es kommt nur darauf an, daß dem Grundstück des Klägers eben diejenige Gerechtsame, welche der Kläger in Anspruch nimmt, zugeschrieben sei. Bei Beantwortung der Frage, ob dies in einem einzelnen Falle wirklich geschehen sei, muß von dem Grundsatz ausgegangen werden, welchen das Ober-Appellations-Gericht in der vom Beklagten (in zweiter Instanz) angeführten Rechtssache

Br. Eberding ca. Juffrenbroich. Juni 1846
(Seuffert, Archiv. Bd. 1. S. 406)

als dem Grund und Sinn der besonderen gesetzlichen Vorschrift in §. 35 sub a entsprechend anerkannt hat, von dem Grundsatz nämlich, daß die Einsicht der Beschreibung eines zur Veräußerung abgekündigten Grundstückes ohne Weiteres mit Sicherheit ergeben muß, was der Abkündigende in Anspruch nimmt, und bei allem nicht klar daraus Ersichtlichen die unterlassene Anmeldung nicht präjudicire, die Auslegung vielmehr jederzeit gegen den Abkündigenden zu machen sei. Für den Fall nun, daß in der Beschreibung eines Grundstückes eine derselben beigelegte Berechtigung mit einem Ausdruck bezeichnet ist, welcher keinen juristisch feststehenden Begriff bildet, sondern eine verschiedene engere und weitere Bedeutung haben kann, wird dem aufgestellten Erforderniß voller Klarheit nur dann genügt, wenn der örtliche Sprachgebrauch mit dem in die Beschreibung aufgenommenen Ausdruck einen für Inhalt und Umfang der Gerechtsame bestimmt entscheidenden Sinn verbindet. Der vorliegende Fall ist ein solcher, wo es hierauf ankommt. Der Ausdruck „Nachgras" kann nach allgemeinem Sprachgebrauch eine Berechtigung verschiedenen Umfangs bedeuten, es fehlt rechtlich an jedem Anhalt, wodurch ihm eine feste Begrenzung zugewiesen würde. Und da die Parteien über die wahre Bedeutung des Ausdrucks in der klägerischen Lassung streiten, so hängt die Haltbarkeit der Klage davon ab, ob für einen dem Kläger zur Seite stehenden örtlichen Sprachgebrauch das Nöthige behauptet worden sei. Diese Frage mußte aber bejaht werden. Zwar ist in der Klagcitation nur allgemein unter Bezugnahme auf die Lassung eine dem klägerischen Grundstück zustehende Nachgrasgerechtigkeit

behauptet und dieser, wie die Klagbitte ergiebt, der Inhalt beigelegt worden, daß dem Kläger „das Nachgras sofort nach der Heuernte auf den Lösekeu einzuräumen sei". In der Replik aber hat der Kläger die nähere Erklärung hierzu nachgeholt, indem er sich hier nicht nur darauf berief, daß der Inhalt der Nachgrasberechtigung im Sinne einer sofort nach der Heuernte beginnenden Grasnutzung durch eine frühere gerichtliche Entscheidung einem andern Nachbar des Klägers gegenüber anerkannt worden sei, sondern auch weiter bemerkte, der vom Beklagten behauptete besondere Sprachgebrauch, wonach man in einigen Feldmarken des linken Weserufers unter Nachgras immer erst das Gras vom 24. October an verstehe, werde bestritten. Hierin ist also die bestimmte Behauptung ausgesprochen, daß in den Feldmarken des linken Weserufers überall unter Nachgras die Grasbenutzung von der Heuernte an verstanden werde, und daß dies auch schon für die Zeit der Lassung von 1840 gelten sollte, ist um so unbedenklicher anzunehmen, als von einer Veränderung des Sprachgebrauches seit 1840 in den Vorträgen beider Parteien nirgends die Rede ist. Die Klage ist sonach genügend begründet worden, und es konnte sich nur fragen, in welcher Weise durch ein Beweisverfahren Gewißheit über den größeren oder geringeren Umfang der Nachgrasberechtigung herzustellen sei.

II., Die zweite Beschwerde verlangt, dem Kläger solle der Beweis aufgelegt werden, daß Nachgras nach dem Sprachgebrauch des Bremischen Gebietes und speciell des Niedervielandes ausnahmslos die Nutzung alles Grases bedeute, welches nach dem ersten Mähen wachse.

Auch diese Beschwerde stellte sich als unbegründet dar, da sie zu viel fordert. Um die der Lassung von 1840 zu Grunde liegende Beschreibung in dem hier fraglichen Punkt als klar anzuerkennen, braucht nicht ein völlig ausnahmsloser Sprachgebrauch zu Gunsten der klägerischen Auffassung festgestellt zu werden. Es können in den Rechtsverhältnissen einzelner Interessenten Ausnahmen vorkommen, welche durch besondere Umstände und Rechtstitel (Verträge, Herkommen, Verjährung u. s. w.) unter eben diesen Interessenten begründet und unbestritten sind, ohne daß dadurch an dem sonstigen festen Bestehen und der präsumtiven Geltung des

Sprachgebrauchs etwas geändert würde. Es bedarf nur eines Sprachgebrauchs, welcher in der betreffenden Gegend zur zweifellos herrschenden und allgemein erkennbaren Regel geworden ist, so daß Jeder, welcher in einer ihn angehenden Grundstücksbeschreibung das Wort „Nachgras" vorfindet, in Ermangelung besonderer für eine Ausnahme sprechender Umstände nicht umhin kann, das Wort als Bezeichnung für die vom Kläger beanspruchte Gerechtsame zu nehmen. Denn wenn es sich so verhält, so trifft den Interessenten, welcher die Gerechtsame nicht in solchem Umfang anerkennen zu können glaubt, nach §. 33 a. E. der Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1833 unbezweifelt die Verpflichtung zur Anmeldung seines Einspruchs.

III., Zufolge der dritten Beschwerde will der Beklagte dem Kläger den Beweis auferlegt wissen, daß Nachgras wenigstens in der Regel im Bremischen Gebiete die von ihm behauptete in grav. II angegebene Bedeutung habe.

Diese Beschwerde mußte, abgesehen von dem zu weit gehenden Ausdruck „im Bremischen Gebiete", als begründet anerkannt werden.

Daß der Kläger an sich der beweispflichtige Theil sei, kann keinem Zweifel unterliegen, da er eine Servitut in größerem Umfange, als sie ihm zugestanden wird, für sich in Anspruch nimmt, und er überdies nicht bestreitet, in den letzten zwei Jahren den Besitzstand in Ausübung der umfangreicheren Servitut nicht für sich gehabt zu haben. Es fragte sich also nur, ob besondere Gründe für eine Umkehrung der Beweislast vorliegen. Der einzige Grund, welcher hier in Betracht kommen könnte, ist der, auf welchen sich die vorigen Instanzen gestützt haben, daß Nachgras sowohl überhaupt, als namentlich bei einschürigen Wiesen, wie sie hier in Frage ständen, nach dem gewöhnlichen Wortverstande das nach dem ersten Schnitt auf dem Lande noch wachsende Gras bedeute, Beklagter daher für die in Rede stehende Gegend eine besondere davon abweichende Bedeutung behaupte. Auch dieses Argument erscheint jedoch nicht zureichend. Ohne Zweifel liegt es sprachlich ziemlich nahe, unter Nachgras das nach dem ersten, bei einschürigen Wiesen nach dem alleinigen, Schnitt noch wachsende Gras zu verstehen, und man wird, wo kein Anlaß zur Annahme eines andern Verständnisses vorliegt, immer zu dieser Erklärung, welche auch in der

vom Obergericht angeführten Stelle des niedersächsischen Wörterbuchs wiedergegeben ist, geneigt sein. Allein das Wort drückt an sich doch nur eine der Hauptgewinnung des Grases nachfolgende Nutzung aus, wobei der Schluß der Hauptgewinnung früher und später gedacht werden kann. Es hat in Bezug auf den Anfangspunkt der nachfolgenden Nutzung weder einen juristischen Charakter, noch ist es in der allgemeinen Verkehrssprache in Deutschland zu einem ganz fast umgrenzten Begriff geworden. Es ist vielmehr ein landwirthschaftlich technisches Wort, welches je nach Verschiedenheit der klimatischen Lage, des landwirthschaftlichen Betriebs und der Bebauungsart der Wiesenflächen eine Grasnutzung größeren oder geringeren Umfangs bezeichnen kann. Ob die Worterklärung im Sinne des Klägers durchschnittlich eine größere oder geringere Wahrscheinlichkeit für sich habe, das ist hiernach nicht entscheidend. Eine Vermuthung dafür, daß Nachgras die gleich nach der Heuernte beginnende Grasnutzung bezeichne, läßt sich im allgemeinen nicht aufstellen; und nur in diesem Falle würde sich eine Umkehrung der Beweislast rechtfertigen. Denn nach der oben hervorgehobenen Grundlage der Beurtheilung handelt es sich nicht etwa darum, eine muthmaßliche Willensmeinung aus unklarer Ausdrucksweise zu ermitteln, sondern vielmehr um die Frage, ob das Wort „Nachgras" so klar und unzweideutig gewesen sei, daß die Vertreter der Rablinghauser Pfarrländereien sich bei der Abkündigung des klägerischen Grundstücks im Jahre 1840 bewußt werden mußten, es sei damit, statt der nicht bestrittenen Grasnutzung vom 24. Octbr. an eine schon von der Heuernte an beginnende Grasnutzung in Anspruch genommen worden. Ein solches Bewußtsein kann aber als nothwendiges nicht vorausgesetzt werden, wenn ein in den fraglichen Feldmarken zu bestimmter Geltung gekommener Sprachgebrauch nicht erweislich sein und es nur auf die allgemeine sprachliche Auffassung des Wortes Nachgras ankommen sollte.

Wenn die vorigen Instanzen sich zugleich darauf berufen haben, daß von ihnen dem Ausdruck „Nachgras" schon in einer früheren Rechtssache des Klägers gegen einen anderen Beklagten dieselbe Bedeutung wie jetzt beigelegt worden sei, so mußte nach der Art, wie sie sich darüber geäußert haben, angenommen werden, daß auch jene frühere Entscheidung nur auf die allgemeine Erwägung von

der gewöhnlichen Bedeutung des Wortes „Nachgras“, und nicht auf die Nachweisung eines für die fragliche Gegend zu ausgemachter Geltung gelangten Sprachgebrauches gestützt worden ist; weshalb das Ergebniß der Beurtheilung hierdurch nicht geändert werden konnte.

Da übrigens dieses Ergebniß sich ohne alle Rücksicht auf die in zweiter und dritter Instanz vorgebrachten nova als begründet darstellte, so brauchte auf eine Prüfung der Zulässigkeit und Erhebligkeit der letzteren nicht eingegangen zu werden.

Bei der Fassung des dem Kläger aufzulegenden Beweises erschien es am angemessensten, den in dieser Beziehung nicht speciell angefochtenen ersten Beweissatz des Untergerichts, abgesehen von dem Anfangspunkt der Grasnutzung, ganz beizubehalten. Mit den zu weit gehenden Worten der klägerischen Beschwerde „im Bremischen Gebiet“ ist auch ohne Zweifel eine sachliche Abweichung von der Fassung des Untergerichts nicht beabsichtigt worden.

18.

Der Bremische Staat, Kläger, wider Dr. Friedrich Wilhelm Schlodtmann, Beklagten, Einkommensteuer betreffend.

Urtheil vom 31. October 1874.

Der Aktionär eines gewerblichen Unternehmens kann wegen seines Einkommens aus Dividenden nur in dem Staate besteuert werden, in welchem das Aktien-Unternehmen betrieben wird (§. 3 des Bundesgesetzes wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung vom 13. Mai 1870 und §. 6 des Bremischen Gesetzes betreffend die Einkommensteuer vom 29. April 1873).

Die Enscheidungsgründe lauten:

Nach der Vorschrift des Bremischen Gesetzes betreffend die Einkommensteuer vom 29. April 1873, §. 6 soll von der Steuer befreit sein, wer in einem anderen deutschen Staate (außer Bremen)

Grundbesitz hat oder ein Gewerbe betreibt. Diese Vorschrift des Bremischen Gesetzes führt aber dazu, den Beklagten, insoweit derselbe sein Einkommen aus Dividenden auswärtiger Aktien-Unternehmungen bezieht, von der Bremischen Einkommensteuer zu befreien. Denn der Aktionär eines gewerblichen Unternehmens steht anders als etwa der stille Gesellschafter. Dieser letztere ist als Gläubiger der Gesellschaft zu betrachten und bezieht seinen Antheil am Gewinn aus dem Unternehmen als Rente. Er ist in keiner Weise Gewerbtreibender, und für sein Einkommen aus dem Unternehmen unterliegt er der Besteuerung. Anders ist dies dagegen bei dem Aktionär. Dieser ist für seinen Antheil selbst Mitbetreibender am Unternehmen; wie denn alle Aktionäre an dem nämlichen Unternehmen zusammengenommen die Gewerbtreibenden sind. Und wenn sie auch den unmittelbaren Geschäftsbetrieb der Ausübung nach aus Nützlichkeitsgründen einem Vorstande überlassen, so sind und bleiben sie doch die Geschäftsherren und betheiligen sich unmittelbar an dem Geschäft, an dem Gewerbe, so lange sie Aktionäre bleiben.

Daß in dieser Weise das Bremische Gesetz aufzufassen sei, ist auch um deswillen anzunehmen, weil nur bei dieser Auffassung ein Widerspruch des Bremischen mit dem Bundesgesetze wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung vom 13. Mai 1870 nicht existirt.

Denn wollte man den §. 3 dieses Gesetzes wörtlich interpretiren, so würde dies dahin führen, anzunehmen, daß das Bundesgesetz, um die Doppelbesteuerung zu verhüten, gewisse Steuerobjecte als solche bezeichnet habe, welche nur von einem Staate, und, wenn sie von diesem einen Staate unbesteuert blieben, überhaupt nicht besteuert werden dürfen. Der Grundbesitz, der Betrieb eines Gewerbes, das Einkommen aus Grundbesitz sowie das Einkommen aus dem Betriebe eines Gewerbes würden hienach als ausschließliche Steuerobjecte desjenigen Staates anzusehen sein, in welchem der Grundbesitz belegen ist, in welchem das Gewerbe betrieben wird; und zwar derartig, daß die Frage, welche Personen Grundbesitz haben, ein Gewerbe betreiben, oder aus diesen Quellen ein Einkommen beziehen, gar nicht in Betracht käme. Vielmehr würde unter dem aus Grundbesitz oder Gewerbebetrieb herrührenden „Einkommen" der Rein-Ertrag als solcher zu verstehen sein, welchen der Grundbesitz oder der Gewerbebetrieb ergiebt, ohne Rücksicht darauf, ob dieser

Ertrag demnächst an Einen oder an mehrere Berechtigte gelange, und letzteren Falls ohne Rücksicht darauf, ob die Vertheilung des Ertrages nach diesen oder nach jenen Modalitäten zu erfolgen habe.

Wer in Bremen seinen Wohnsitz hat und den gesammten Rein-Ertrag aus einem in Preußen belegenen Grundbesitz oder aus einem in Bayern betriebenen Gewerbe bezieht, würde um deswillen von diesem seinem Einkommen in Bremen nicht besteuert werden dürfen, weil der Rein-Ertrag aus Grundbesitz oder Gewerbebetrieb von einem anderen Staate als demjenigen, in welchem der Grundbesitz liegt oder das Gewerbe betrieben wird, nicht besteuert werden darf. Und das Gleiche würde auf dieje igen zutreffen, welche nicht den gesammten, sondern nur einen Theil des aus auswärtigem Grundbesitz oder Gewerbebetriebe erzielten reinen Einkommens zu vereinnahmen haben. Und da nun der in Form einer Dividende an die Aktionäre vertheilte Gewinn der Sache nach nichts anderes ist, als ein Theil des durch das Aktienunternehmen erzielten Rein-Ertrages, so würde, da das Gesetz in Bezug auf die Art und Weise des Gewerbebetriebes keinerlei Unterschiede statuirt, die Einnahme, welche der in Bremen wohnende Aktionär aus einem Aktienunternehmen bezieht, welches in Bremen nicht seinen Sitz hat, hinsichtlich der Besteuerung ebenso anzusehen sein, wie die Einnahme, welche der Grundbesitzer aus nicht Bremischen Grundbesitz oder der offene Gesellschafter aus einem nicht in Bremen domicilirten Handelsgeschäfte beziehen.

Wollte man aber auch diese lediglich den Wortlaut des §. 3 berücksichtigende Interpretation um deswillen für richtig nicht erachten, weil es unzulässig ist, den Begriff des „Einkommens" von der Person des Einkommenb e r e c h t i g t e n loszulösen, und wollte man demgemäß restriktiv das Gesetz dahin interpretiren, daß diejenigen P e r s o n e n, welche und zwar u n m i t t e l b a r aus Grundbesitz oder Gewerbebetrieb ein Einkommen beziehen, hinsichtlich d i e s e s E i n k o m m e n s nur von dem Staate besteuert werden dürfen, in welchem der Grundbesitz liegt, oder das Gewerbe betrieben wird, so würde man auch bei dieser Auffassung des Gesetzes in Betreff des aus dem Aktienunternehmen in Form der Dividende bezogenen Einkommens zu einem anderen als dem obigen Resultate nicht gelangen.

Denn, wie schon erwähnt, unterscheidet das Gesetz nicht, ob der Gewerbebetrieb in der Hand nur einer Person beruht oder ob mehrere an demselben betheiligt sind, und in letzterem Falle ist wiederum eine Unterscheidung, ob die Betheiligten nur bis zum Belaufe einer bestimmten Summe, nämlich dem Betrage ihrer Aktien, oder ob sie mit ihrem gesammten Vermögen sich betheiligen, von dem Gesetze nicht gemacht. Ein unmittelbareres Einkommen aber als dasjenige, welches die bei der Aktiengesellschaft betheiligten Aktionäre in Gestalt der Dividende erhalten, giebt es bei dem in Form einer Aktiengesellschaft organisirten Gewerbebetriebe überhaupt nicht.

Hiegegen wird man sich auch nicht auf die Vorschrift des Handelsgesetzbuchs Art. 213 berufen dürfen. Denn wenn auch immerhin durch diese Gesetzesvorschrift bestimmt ist, daß die Aktiengesellschaft als solche selbständig ihre Rechte und Pflichten habe; daß sie Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerbe, daß sie vor Gericht klagen und verklagt werden könne; so läßt sich doch hieraus in keiner Weise folgern, daß die Aktiengesellschaft für sich selbst Vermögen oder Einkommen erwerbe. Vielmehr lassen die Artikel 216, 245 des Handelsgesetzbuches darüber keinen Zweifel, daß dasjenige, was die Aktiengesellschaft erwirbt, nicht für sie selbst, sondern nur für die Aktionäre erworben wird. Es ist deshalb auch unzulässig, das Einkommen der Aktiengesellschaft und das Einkommen der Aktionäre als zwei von einander verschiedene Einkommen aufzufassen; denn das Einkommen der Aktionäre ist nichts anderes als das Einkommen der Aktiengesellschaft in seiner getheilten, und das Einkommen der Aktiengesellschaft nichts anderes als das Einkommen der Aktionäre in seiner ungetheilten Gestalt.

Und somit würde auch die restriktivste Interpretation des §. 3 des Doppelbesteuerungsgesetzes zu keinem anderen Resultate führen als zu dem, daß weder der Sinn noch der Wortlaut des Gesetzes dazu berechtigen, unter dem Einkommen, welches aus einem Gewerbebetriebe herrührt, das Einkommen der Aktionäre aus den Dividenden nicht mit zu verstehen.

Auch die von den Parteien in Bezug genommenen Materialien der Gesetzgebung sind nicht geeignet, ein anderes Ergebniß herbei-

zuführen. Denn abgesehen davon, daß alles in dieser Hinsicht Beigebrachte sich ausschließlich auf die Verhandlungen eines Ausschusses des Bundesrathes bezieht, so beschränkt sich auch das alleinige Resultat, welches aus diesen Materialien gewonnen wird, darauf, daß gelegentlich der Ausschußverhandlungen des Bundesrathes Zweifel darüber erhoben wurden, ob die Dividenden zu dem Einkommen zu rechnen seien, welches aus dem Gewerbebetriebe herrühre, daß jedoch diese Zweifel eben so wenig von dem Ausschusse des Bundesrathes wie von dem Plenum desselben wie auch von dem Reichstage entschieden wurden, sondern der §. 3 in derjenigen Fassung, welche zur Erhebung jenes Zweifels Veranlassung gab, von beiden Factoren der Gesetzgebung zum Gesetze erhoben worden ist. Hieraus kann aber nur gefolgert werden, daß die Gesetzgebungsfactoren gewillt gewesen sind, die Beseitigung jenes Zweifels denjenigen Behörden zu überlassen, welche die Vorschrift des §. 3 praktisch würden zur Anwendung zu bringen haben.

Wenn endlich das Obergericht auch noch auf den Sprachgebrauch des preußischen Gesetzes betreffend die Einführung einer Klassen- und klassificirten Einkommensteuer vom 1. Mai 1851 und speciell auf die §§. 28, 29, 30 dieses Gesetzes hinweist, so ist es zwar richtig, daß in diesem Gesetze die Dividenden nicht unter dem Einkommen, welches aus dem Gewerbe, sondern unter dem Einkommen, welches aus dem Kapitalvermögen herrührt, genannt sind. Aber für das richtige Verständniß der §§. 28, 29, 30 ist es erforderlich, auf den von dem Obergericht nicht angeführten §. 27 desselben Gesetzes Rücksicht zu nehmen, welcher lautet:

> „Bei der genauen Feststellung der Vermögens- und Einkommens-Verhältnisse eines Steuerpflichtigen, behufs Entscheidung über die von demselben erhobene Reklamation, sind für die verschiedenen Arten des Einkommens nachfolgende (§§. 28, 29 und 30) leitende Grundsätze zu beachten."

Die Dreitheilung mithin, welche das Preußische Gesetz vorgenommen hat, — Einkommen aus Grundvermögen, aus Kapitalvermögen, und aus anderen Arten des Einkommens – ist lediglich zu dem Zwecke gegeben, um eine übersichtliche Anweisung für diejenigen Behörden zu gewinnen, welche über Reklamationen

zu entscheiden haben. Aber nichts hat dem Gesetze ferner gelegen, als über die juristische Natur der Dividenden irgend etwas fixiren zu wollen; wie man denn, um nur auf eines hinzuweisen, mit demselben Rechte, wie man die Autorität des Preußischen Gesetzes anrufen darf, um darzuthun, daß die Dividende nicht ein Einkommen aus dem Gewerbebetriebe sei, man auch unter Bezugnahme auf §. 29 cit. darthun könnte, daß die Dividende der Zinsbetrag eines von dem Aktionär der Aktiengesellschaft geliehenen Kapitals sei. Es konnte demnach auch die Bezugnahme auf das citirte Preußische Gesetz als eine zutreffende nicht erachtet werden.

19.

Der Bremische Staat, Kläger, wider Friedrich Wilhelm Düwer zu Bremen, Beklagten, Einkommensteuer betr.

Urtheil vom 12. December 1874.

Die Kasse des Kaiserlichen Hauptzollamtes in Bremen ist im Sinne des §. 4 des Gesetzes wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung vom 13. Mai 1870 eine Kasse derjenigen Bundesstaaten, von welchen die Beamten des Hauptzollamtes angestellt sind.

Hiernach, sowie nach Art. 15 des Vertrages zwischen dem Zollverein und Bremen vom 26. Januar 1856, welcher noch in Bremen Gesetzeskraft hat, sind die Beamten des Kaiserlichen Hauptzollamtes in Bremen bezüglich ihres Gehalts-Einkommens in Bremen steuerfrei.

Die Entscheidungsgründe führen aus:

I., Es kam zunächst auf die Beantwortung der Frage an, ob Beklagter verpflichtet sei, für das von ihm bezogene Gehalt an den Bremischen Staat die Einkommensteuer zu entrichten.

Einem Zweifel kann es nun nicht unterliegen, daß der Beklagte im Sinne des §. 1 des Gesetzes wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung vom 13. Mai 1870 seinen Wohnsitz in Bremen

hat, und daß er mithin, insoweit nicht durch Gesetz begründete Ausnahmen ihm zur Seite stehen, im Bremischen Staate, und nur in diesem zu den directen Staatssteuern heranzuziehen sein würde.

Es bestimmt nun aber §. 4 desselben Gesetzes, daß das „Gehalt — welches Norddeutsche — Civilbeamte — aus der Kasse eines Bundesstaates beziehen, nur in demjenigen Staate zu besteuern sei, welcher die Zahlung zu leisten hat“. Und aus dieser Vorschrift folgt, daß der Beklagte hinsichtlich des von ihm bezogenen Gehalts zu den directen Staatssteuern seitens des Bremischen Staates nicht herangezogen werden darf.

Zunächst ist nämlich darauf hinzuweisen, daß Beklagter vom Preußischen Staate angestellt ist, daß mithin — wie dieses auch klägerischerseits in gegenwärtiger Instanz zugegeben wird — der Preußische Staat es ist, welcher dafür aufzukommen hat, daß dem Beklagten das ihm in Folge seiner Anstellung zukommende Gehalt ausbezahlt werde. Wenn aber darüber kein Streit existirt, daß, falls die Gehaltszahlungen an den Beklagten ausbleiben sollten, der Preußische Staat allein auf dem Wege der Klage in Anspruch zu nehmen sei, so ergiebt sich schon hieraus, daß auch im Sinne des Gesetzes dieser Staat es ist, welcher „die Zahlung zu leisten hat“.

Klägerischerseits wird nun hiegegen geltend gemacht, daß der Beklagte sein Gehalt nicht „aus der Kasse eines Bundesstaates“ sondern aus der Kasse des kaiserlichen Hauptzollamtes zu Bremen beziehe; daß mithin, da §. 4 des Gesetzes vom 13. Mai 1870 nur von solchen Beamten spreche, welche ihr Gehalt aus der Kasse eines Bundesstaates beziehen, der §. 4 für den Beklagten eine Ausnahme von der in §. 1 desselben Gesetzes aufgestellten Regel nicht bedinge.

Es ist indessen zunächst darauf hinzuweisen, daß, da dem Preußischen Staat die Verpflichtung obliegt für die Zahlung des Gehaltes aufzukommen, welches die von ihm angestellten Beamten zu fordern berechtigt sind, es auch die Preußische Staatskasse sein wird, aus welcher an letzter Stelle der vom Preußischen Staate angestellte Beamte sein Gehalt bezieht. Dies ist aber als das juristisch Entscheidende anzusehen, während es gleichgültig erscheint, welche einzelne Kasse oder sonstiges Geld-Institut unmittelbar eine

Zahlung leistet, welche, weil sie eine Gehaltszahlung an einen vom Preußischen Staate angestellten Beamten enthält, auf irgend einem Wege endlich der Preußischen Staatskasse zu verrechnen ist. Von diesem Gesichtspunkte aus würde demnach auch unter der Voraussetzung, daß die Kasse des Kaiserlichen Hauptzollamtes zu Bremen eine Reichskasse wäre, die von dieser an einen seitens des Preußischen Staates angestellten Beamten geleistete Gehaltszahlung nur als eine Zahlung anzusehen sein, welche auf Anweisung des Preußischen Staates erfolgt, und für welche in irgend einer Weise seitens der Kasse des Preußischen Staates Ersatz zu leisten wäre.

Für den vorliegenden Fall läßt sich nun freilich nicht ohne scheinbaren Grund die Behauptung aufstellen, daß die Gehaltszahlung an die bei dem Kaiserlichen Hauptzollamte angestellten Preußischen Beamten ausschließlich der Kasse dieses Zollamtes zur Last falle, und daß keine Preußische Staatskasse existire, welche die Gehalte dieser Beamten in einer äußerlich erkennbaren Weise zur Berechnung bringe. Die Kasse des Kaiserlichen Hauptzollamtes zu Bremen zahlt die Gehalte auch an die seitens des Preußischen Staates bei diesem Zollamte angestellten Beamten, und erhält hiefür weder direct noch indirect einen Ersatz vom Preußischen Staate.

Diese Thatsache erklärt sich aber in ausreichender Weise dadurch, daß sowohl die in Bremen befindliche Zollkasse, wie auch die Zollkassen des Preußischen Staates lediglich den Zweck haben, den von ihnen erzielten Reinertrag an die Reichskasse abzuliefern. Deshalb ist es auch in Bezug auf das zu erzielende Resultat ganz gleichgültig, wenn die Gehaltszahlungen der bei dem Bremischen Hauptzollamte angestellten Preußischen Zollbeamten von der Kasse dieses Kaiserlichen Hauptzollamtes statt von irgend einer Preußischen Zollkasse geleistet werden. Denn wenn hiervon die Folge einerseits die ist, daß die Kasse des Bremischen Hauptzollamtes an die Reichskasse nur einen Reinertrag abzuliefern vermag, welcher durch das an die Preußischen Beamten ausgezahlte Gehalt gekürzt ist, so wird doch andererseits der aus den Preußischen Zollkassen an die Reichskasse abzuliefernde Reinertrag um dieselbe Summe, welche die Kasse des Bremischen Hauptzollamtes an die Preußischen Beamten zahlte, erhöht werden; woraus sich denn ergiebt, daß die Preußischen Kassen thatsächlich dasjenige dem Reiche ersetzen, was

die Kasse des Bremischen Hauptzollamtes an Stelle der Preußischen Kassen an die vom Preußischen Staate angestellten Beamten ausgezahlt hat. Bei dem Zwecke, dem heutzutage die Kassen sämmtlicher im Deutschen Reiche existirenden Zollkassen zu dienen bestimmt sind, würde sachlich kein Hinderniß gedacht werden können, weshalb nicht auch beispielsweise bei einem Bayerischen oder Badischen Zollamte Preußische Zollbeamte angestellt sein könnten, welche ihr Gehalt von der Bayerischen oder Würtembergischen Zollkasse ausgezahlt erhielten. Und auch in einem solchen Falle brauchte seitens des Preußischen Staates ein Ersatz an die Kassen der genannten Staaten nicht zu erfolgen und zwar aus den gleichen Gründen, welche einen Ersatz für das an Preußische Beamte seitens der Kasse des Bremischen Hauptzollamtes gezahlte Gehalt als überflüssig erscheinen lassen. Aber eben so wenig wie man im letzteren Falle würde behaupten können, daß §. 4 des Gesetzes vom 13. Mai 1870 dem Beklagten nicht zur Seite stehe, eben so wenig wird man dies im vorliegenden Falle behaupten können, wo nicht ein in Bayern oder in Baden, sondern das in Bremen befindliche Hauptzollamt die Zahlung eines vom Preußischen Staat bewilligten Gehaltes aus nahe liegenden Zweckmäßigkeitsgründen übernommen hat.

Denn nicht darauf kommt es an — wie dieses auch der Wortlaut des §. 4 andeutet —, an welche Kasse der Beamte gewiesen ist, um ein ihm zustehendes Gehalt erheben, sondern nur darauf, von woher das Gehalt bezogen wird. Bezogen aber wird ein Gehalt nur von demjenigen Staate, welcher die Zahlung zu leisten hat, mag die Zahlung auch immerhin in Folge von Zweckmäßigkeitsgründen dieser oder jener Art, bei der Kasse eines anderen Bundesstaates oder bei einer Kasse des Deutschen Reiches erhoben werden.

Wäre demnach auch die Kasse des Bremischen Hauptzollamtes als eine Reichskasse anzusehen, so würde doch dadurch, daß Beklagter angewiesen ist sein Gehalt bei dieser Kasse zu erheben, weder sein Recht, dieses Gehalt von der Kasse des Preußischen Staates zu beziehen, noch auch die Verpflichtung des Preußischen Staates die Gehaltszahlung zu leisten, in irgend einer Weise alterirt werden.

Es ist nun aber auch in Abrede zu stellen, daß die Kasse des Kaiserlichen Hauptzollamtes zu Bremen eine Reichskasse sei. Und

da auch klägerischerseits nicht behauptet ist, daß dieselbe eine Bremische Staatskasse sei, so würde dem Beklagten §. 4 des Gesetzes vom 13. Mai 1870 selbst dann zur Seite stehen, wenn für die Anwendbarkeit dieser gesetzlichen Vorschrift die rein äußerliche Thatsache der Gehalts-Erhebung von entscheidendem Einflusse sein sollte.

Die Qualifikation der Kasse des Bremischen Hauptzollamtes ergiebt sich aus der rechtlichen Natur dieses Hauptzollamtes selbst, und für diese ist zunächst entscheidend die Art und Weise seiner Entstehung. Durch Uebereinkunft vom 26. Janr. 1856 (Bremisches Gesetzblatt 1856 pag. 58) wurde Art. 1 bestimmt:

> Das in der Stadt Bremen vom Zollverein zu errichtende Hauptzollamt tritt an die Stelle der Hauptzollämter, welche sonst an der Grenze gegen das Bremische Gebiet an der Eisenbahn und der oberen Weser anzulegen sein würden. Dasselbe ist für diese Verkehrsverbindungen als Grenz-, Eingangs- und Ausgangsamt des Zollvereins in der Weise anzusehen, daß u. s. w.

Und in Art. 2 heißt es:

> Dieses Hauptzollamt wird unter die Leitung und Aufsicht der Zolldirectivbehörde zu Hannover gestellt und hat nach den im Königreich Hannover bestehenden Vorschriften zu verfahren. Die Zollerhebung geschieht für Rechnung der Königl. Hannoverschen Regierung, welche die erhobenen Beträge mit ihren übrigen Zolleinnahmen zu theilen hat.

Sogar in Betreff gewisser Gebietstheile, mit welchen Bremen durch Uebereinkommen vom nämlichen Datum sich an den Zollverein anschloß, wird in Art. 12 bestimmt (Bremisches Gesetzblatt 1856, pag. 66), daß die in diesen Gebietstheilen angestellten Zoll- und Steuerbeamten in Beziehung auf ihre Dienstobliegenheiten ausschließlich der Königl. Hannoverschen resp. (nämlich für gewisse Theile) der Großherzoglich Oldenburgischen Regierung untergeordnet sein sollen.

Demzufolge trat die Hannoversche Regierung zu dem in Bremen neu begründeten Hauptzollamt in ganz dasselbe Verhältniß, in welches sie zu den Grenzämtern getreten sein würde, welche andernfalls an der Bremischen Grenze hätten errichtet werden müssen,

d. h. sie erhob für eigene Rechnung den Zoll durch eigene von ihr angestellte und besoldete Beamte und zog dann bei Ablieferung der Erträge eine Vergütung in Gestalt eines Pauschquantums für diese im Interesse der Gemeinschaft gemachten Verwendungen ab.

Die später eingetretene Verbindung des Königreichs Hannover mit dem Preußischen Staate konnte hierin — wie schon das Obergericht richtig bemerkt — eine weitere rechtliche Veränderung nicht herbeiführen, als daß an die Stelle der Hannoverschen Verwaltung eine Preußische trat.

Zur Zeit der Gründung des Norddeutschen Bundes war mithin die rechtliche Qualifikation des Bremischen Hauptzollamtes keine andere als die jedes anderen zollvereinsländischen Grenzzollamtes.

Will man demnach annehmen, daß von diesem Zeitpunkte oder von der Gründung des Deutschen Reiches an, das Bremische Hauptzollamt eine Reichsbehörde und die Kasse desselben eine Reichskasse geworden sei, so könnte diese Aenderung in der rechtlichen Qualifikation, da ein besonderes hierauf bezügliches Gesetz nicht existirt, nur durch die Vorschriften der Verfassung des Norddeutschen Bundes, resp. der Reichsverfassung selbst herbeigeführt sein.

Die in Bezug kommenden Vorschriften der Reichsverfassung (Art. 33—40, vrgl. Art. 33—40 der Verfassung des Norddeutschen Bundes) zeigen nun aber, daß eine Aenderung in der rechtlichen Qualifikation der Hauptzollämter nicht eingetreten ist, sondern daß im Gegentheile die Reichsverfassung die rechtliche Qualifikation sämmtlicher Zoll-Erhebungs- und Verwaltungsbehörden in unveränderter d. h. in solcher Weise hat fortbestehen lassen, wie dieselbe bereits während des Bestehens des Zollvereins beschaffen war.

Es hat nun zwar der Zollverein während seines Bestehens, obgleich lediglich auf völkerrechtlicher vertragsmäßiger Grundlage beruhend, Einrichtungen gehabt, die als gemeinsame Zollvereins-Institutionen angesehen werden konnten, und die ihre Wirksamkeit nicht auf den einzelnen zum Zollverein gehörenden Staat beschränkten, sondern auf die Gesammtheit des Zollvereins ausdehnten. Zu diesen Zollvereins-Institutionen würden im Hinblick auf den Zollvereinsvertrag vom 16. Mai 1856 (Preuß. Ges. Samml. S. 641) zu nennen sein: das Centralbureau (Art. 29),

die den Hauptzollämtern anderer Vereinsstaaten beizuordnenden Controleure (Art. 31), die an die Zolldirectionen anderer Vereinsstaaten zur Kenntnißnahme der Geschäfte derselben abzuordnenden Beamten (Art. 32), die Zollvereinskonferenzen (Art. 33 ff.).

Aber die Erhebung der Zölle, sowie die damit zusammenhängende Verwaltung ist nicht als eine gemeinsame Angelegenheit der Zollvereinsstaaten aufgefaßt worden, sondern alles, was hiemit zusammenhing, war lediglich den einzelnen zum Zollverbande gehörenden Staaten überlassen. Hierüber lassen die Bestimmungen des Zollvertrages von 1856 namentlich die Art. 27, 28, 30 nicht den geringsten Zweifel.

Hiernach sind es die einzelnen Glieder des Gesammtvereins, welchen (Art. 27) die Ernennung der Beamten und Diener bei den Lokal- und Bezirksstellen für die Zollerhebung und Aufsicht innerhalb ihres Gebietes überlassen bleibt, und welche (Art. 30, Abs. 6) für die Diensttreue der bei der Zollverwaltung von ihnen angestellten Beamten nnd Diener und für die Sicherheit der Kassenlokale und Geldtransporte u. s. w. haften; sie sind es auch, welchen (Art. 28) die Bildung der Zolldirectionen und die Einrichtung des Geschäftsganges derselben obliegt; sie sind es endlich (Art. 30), welche für die Erhebung und Verwaltung der Zölle Sorge zu tragen haben. Und in allen diesen Beziehungen wird kein Unterschied gemacht zwischen Haupt- oder Nebenzollämtern, zwischen Grenz- und binnenländischen Zollämtern.

Ebenso wenig aber, wie es zur Zeit des Zollvereins irgend ein Zollamt gab, welches nicht als die Behörde eines Einzelstaates aufzufassen gewesen wäre, eben so wenig gab es auch Zollbeamte, welche nicht von den Einzelstaaten besoldet worden wären; was selbst auf solche Beamte Anwendung litt, welche, — wie z. B. die Bevollmächtigten bei den Zollconferenzen, die Controleure (Art. 31), die Abgeordneten bei den Zolldirectionen — als Beamte der Gesammtheit des Zollvereins hätten angesehen werden können.

Mit einem Worte, der Zollverein kannte keine Beamten, welche nicht Beamte des Einzelstaates gewesen wären, der Zollverein kannte auch keine Beamtenbesoldung, welche nicht von einem Einzelstaate gewährt wurde. Und hieran wird auch durch die s. g. Pauschquanta nichts geändert. Diese (so sagt Art. 30 des Vertrages von

1856 unter 2) werden von der jährlich aufkommenden Brutto-Einnahme an Zollgefällen abgezogen; sie dienen dazu, um denjenigen Theil der Erhebungs- und Verwaltungskosten zu decken, welcher an den gegen das Ausland gelegenen Grenzen und innerhalb des dazu gehörigen Grenzbezirkes für die Zollerhebungs- und Aufsichts- oder Kontrolbehörden und Zollschutzwachen erforderlich ist; erst nach Abzug der Pauschquanta so wie sonstiger (Art. 22 No. 2 und 3) Abzüge wird der Ertrag der Eingangs- und Abgangsabgaben zwischen den Vereinsmitgliedern vertheilt.

Pauschquanta waren also Geldsummen, welche vertragsmäßig jedem einzelnen Vereinsmitgliede, insofern solches überhaupt mit seinem Gebiete an der Zollgrenze belegen war, von der Gesammtheit der Vereinsmitglieder zugewiesen wurden; und diese Zuweisung erfolgte, damit seitens des einzelnen Vereinsmitgliedes diejenigen Vorkehrungen getroffen würden, welche der Gesammtheit der Mitglieder zu Gute kamen; und angewiesen wurden diese Geldsummen jedem einzelnen Vereinsmitgliede auf den Brutto-Ertrag der Eingangs- und Ausgangsabgaben. Hieraus ergiebt sich denn, daß die Pauschquanta in die Staatskasse des einzelnen Vereinsmitgliedes flossen und daß dieses einzelne Vereinsmitglied es war, welches aus seiner, durch den Betrag des Pauschquantums verstärkten Staatskasse den Aufwand für den Grenzdienst, und als einen Theil dieses Aufwandes auch die Gehalte für die Beamten der Grenzzollämter zu bestreiten hatte; und zwar dergestalt, daß, wenn sich der Grenzdienst mit einer geringeren Summe hätte bestreiten lassen, der Ueberschuß der Kasse des Einzelstaates verblieben wäre, während entgegengesetzten Falls das einzelne Vereinsmitglied die über den Betrag des Pauschquantums hinausgehenden Verwendungen aus seinen eigenen Staatsmitteln zu ergänzen gehabt hätte.

Aus dem Gesagten ergiebt sich aber, daß die für die Unterhaltung der Grenzzollämter gewährten Pauschquanta den staatsrechtlichen Charakter dieser Zollämter eben so wenig wie denjenigen der bei denselben angestellten Beamten zu ändern vermochten. Die Grenzzollämter waren vielmehr — und zwar ohne Ausnahme — Behörden der einzelnen Zollvereinsstaaten; und die bei denselben angestellten Beamten wurden von den einzelnen Zollvereinsstaaten angestellt und von diesen besoldet.

Auch der Zweck, welchem die Zollvereinskassen zu dienen bestimmt sind, ändert in Nichts den einzelstaatlichen Charakter weder der Zollämter selbst, noch der von ihnen geführten Kassen.

Zwar wird (Art. 21, 22 Zollvereinsvertrag von 1856) von einer „Gemeinschaft der Einnahmen der kontrahirenden Staaten“ gesprochen; es werden gewisse besonders bezeichnete Zölle, Steuern, Abgaben von dieser „Gemeinschaft ausgeschlossen“; die „in die Gemeinschaft fallenden Abgaben“ werden, nachdem bestimmte Abzüge gemacht, unter die Vereinsmitglieder vertheilt. Käme es also nur auf den Zweck an, welchem die Zollvereinskassen dienten, so würde behauptet werden können, daß sämmtliche Brutto-Kassen, welche bei den vereinsländischen Zollämtern sich vorfanden, nicht Kassen der Einzelstaaten, sondern daß sie Kassen des Zollvereins selbst gewesen seien.

Indessen kann der endliche Zweck, welchem eine Kasse zu dienen bestimmt ist, über deren staatsrechtlichen Charakter nichts entscheiden. Steht es fest, daß diejenigen Behörden, welche die betreffenden Kassen führten, einzelstaatliche Behörden und nur solche waren, steht das Gleiche fest von denjenigen Behörden, welche die Kassenführung zu beaufsichtigen hatten, so folgt hieraus für die Natur der betreffenden Kassen selbst, daß dieselben nur als einzelstaatliche, nicht aber als Kassen der Gesammtheit aufgefaßt werden konnten.

Für die Zeit des Bestehens des Zollvereins ist somit die Erhebung und Verwaltung der Zölle lediglich Sache der einzelnen Zollvereinsmitglieder. Die Zollämter sind einzelstaatliche Behörden, die bei denselben angestellten Beamten sind einzelstaatliche Beamten, welche von den Einzelstaaten besoldet werden. Die Kassen endlich welche bei den Zollämtern geführt werden, sind Kassen der Einzelstaaten.

Da nun irgend welche Bestimmungen, durch welche dies für das vereinsländische Hauptzollamt zu Bremen anders geregelt wäre, nicht existirten, so ist auch für dieses Hauptzollamt es festzuhalten, daß dasselbe eine einzelstaatliche Behörde, die von demselben geführte Kasse, eine einzelstaatliche Kasse war, und daß die bei demselben angestellten Beamten einzelstaatliche Beamte waren, welche ihre Besoldung von dem anstellenden Staate empfingen.

Nach Errichtung des Norddeutschen Bundes wurde der Zollverein

durch Vertrag vom 8. Juli 1867 (Bundesgesetzblatt 1867, S. 81) aufrecht erhalten. Ging nun auch durch diesen Vertrag der Zollverein von der völkerrechtlichen vertragsmäßigen Basis auf eine staatsrechtliche, verfassungsmäßige Grundlage über, so hatte dies doch nicht die Folge, daß sämmtliche Einrichtungen des Zollvereins auf die Gesammtheit übergingen. Dieses geschah vielmehr nur in Betreff derjenigen Einrichtungen, welche bis dahin auch schon — in Gemäßheit des Vertrages von 1856 — als gemeinsame Zollvereinsangelegenheiten zu bezeichnen waren. Namentlich verblieb auch nach dem Vertrage von 1867 den einzelnen Staaten des Zollvereins alles dasjenige, was ihnen an Competenz bereits auf Grund früherer Verträge zugestanden hatte. Und für die zum Norddeutschen Bunde gehörenden Staaten war es noch speciell durch Art. 36 der Verfassung des Norddeutschen Bundes bestimmt, daß die Erhebung und Verwaltung der Zölle und Verbrauchsteuern keine Bundesangelegenheit sei, sondern eine Obliegenheit der Einzelstaaten in gleichem Maße wie dieses bisher der Fall gewesen, verbleiben solle.

Zur Zeit des Norddeutschen Bundes hat somit auch das vereinsländische Hauptzollamt zu Bremen seinen staatsrechtlichen Character in nichts geändert.

Hat nun auch durch die Errichtung des Deutschen Reichs der Zollverein aufgehört zu existiren, so sind doch die Einrichtungen desselben in die Reichsverfassung übergegangen. Nur im Hinblicke auf die der Reichsverfassung voraufgegangenen Zollvereinsverträge ist ein richtiges Verständniß der Reichsverfassung selbst, insoweit sich dieselbe auf das Zoll- und Handelswesen bezieht, — namentlich Art. 35 ff. — zu gewinnen.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß nach Errichtung des Deutschen Reiches der Ertrag der Zölle nicht mehr unter die Vereinsmitglieder, resp. (nach 1867) unter den Norddeutschen Bund und die süddeutschen Staaten vertheilt wird, sondern daß der Ertrag der Zölle und Verbrauchssteuern eine Einnahmequelle des Deutschen Reiches bildet (Reichsverf. Art. 70). In diesem Artikel heißt es wörtlich:

„Zur Bestreitung aller gemeinschaftlichen Ausgaben dienen zunächst die etwaigen Ueberschüsse der Vorjahre, sowie die

aus den Zöllen, den gemeinschaftlichen Verbrauchssteuern und aus dem Post- und Telegraphenwesen fließenden gemeinschaftlichen Einnahmen."

In diesem Artikel wird von gemeinschaftlichen Einnahmen in gleicher Weise sowohl in Bezug auf die Einnahmen aus Post und Telegraphie wie auch in Bezug auf die Einnahme aus den Zöllen und den Verbrauchssteuern hingewiesen. Doch aber darf nicht übersehen werden, daß zwischen diesen gemeinschaftlichen Einnahmen ein erheblicher Unterschied besteht. Denn die Einnahmen aus Post und Telegraphie sind, da das Post- und Telegraphenwesen nach Art. 48 „für das gesammte Gebiet des Deutschen Reiches als einheitliche Staatsverkehrsanstalten eingerichtet und verwaltet" werden, als Brutto-Einnahmen des Reiches aufzufassen. Aber in Betreff der Zölle und Verbrauchssteuern ist es nicht geschehen, daß man die Zoll- und Steuerämter zu Deutschen Reichs-Anstalten gemacht hat. „Es ist vielmehr als ein (aus den früheren Zollvereinsverträgen entnommener) Hauptgrundsatz der Reichsverfassung anzusehen, daß die Erhebung und Verwaltung der Zölle und Verbrauchssteuern jedem Bundesstaate, soweit derselbe sie bisher ausgeübt hat, innerhalb seines Gebietes überlassen bleibt".

(Aufseß, die Zölle und Verbrauchssteuern des Deutschen Reiches in Hirth's Annalen 1873, S. 242.)

Genau und bestimmt wird in Betreff der Zölle und Verbrauchssteuern von der Reichsverfassung gesondert, was zur Competenz der Einzelstaaten gehören solle.

1., Zur Competenz des Reiches gehört (Art. 35) die Gesetzgebung über das gesammte Zollwesen, die Gesetzgebung über die Besteuerung des im Bundesgebiete gewonnenen Salzes und Tabacks, des daselbst bereiteten Branntweins und Bieres und des aus Rüben oder anderen inländischen Erzeugnissen dargestellten Zuckers oder Syrups; die Gesetzgebung über den gegenseitigen Schutz der in den einzelnen Bundesstaaten erhobenen Verbrauchsabgaben gegen Hinterziehungen; die Gesetzgebung über die Maßregeln, welche in den Zollausschlüssen zur Sicherung der gemeinsamen Grenze erforderlich sind.

Das Reich ist mithin nach Art. 35 auf die Gesetzgebung in Bezug auf Zölle und Verbrauchssteuern beschränkt; das Reich erhebt aber nicht Zölle und Verbrauchssteuern.

2., Zölle und Verbrauchssteuern zu erheben, dazu sind die einzelnen Bundesstaaten und nur diese competent.

Art. 36 sagt: „die Erhebung und Verwaltung der Zölle und Verbrauchssteuern bleibt jedem Bundesstaate . . . überlassen." D. h. das Reich entzieht der Staatsgewalt der einzelnen Bundesstaaten nichts von dem, was denselben in Bezug auf Zoll- und Steuerhebung vor der Errichtung des Deutschen Reiches zugestanden hatte; in dieser Beziehung will das Reich der Reichsgewalt nichts unterordnen.

Es bleibt nach Art. 36 den Einzelstaaten die Erhebung und Verwaltung der Zölle und Verbrauchssteuern innerhalb ihres Gebietes überlassen. Die hier hervorgehobenen Worte sind in die Reichsverfassung aus den Zollvereinsverträgen übergegangen. Im Zollvereinsvertrage von 1865 heißt es Art. 27: „die Ernennung der Beamten und Diener bei den Lokal- und Bezirksstellen für die Zollerhebung und Aufsicht... bleibt sämmtlichen Gliedern des Gesammtvereins „innerhalb ihres Gebietes" überlassen". So gewiß es nun unrichtig gewesen wäre, aus den hervorgehobenen Worten des Zollvereinsvertrages von 1856 den Schluß zu ziehen, daß in den Fällen, wo Zölle außerhalb des Zollgebietes zu erheben wären — was ja schon damals für das vereinsländische Hauptzollamt zu Bremen zutraf — die Zollerhebung nicht Sache der einzelnen Vereinsglieder, sondern Sache des Zollvereins in seiner Gesammtheit gewesen sei; eben so unrichtig würde es sein, aus der Uebernahme der fraglichen Worte in Art. 36 der Reichsverfassung den Schluß zu ziehen, daß, wo es sich um die Erhebung von Zöllen und Verbrauchssteuern außerhalb des Zollgebietes handele, diese Zollerhebung nicht eine einzelstaatliche, sondern eine Reichsangelegenheit sei, und dies um so mehr, als bei der Interpretation der Reichsverfassung davon auszugehen ist, daß die Competenz des Reiches nicht präsumirt werden darf. Mag demnach auch die Erhebung der Zölle und Verbrauchssteuern außerhalb des Zollgebietes, mag dieselbe nicht durch einen einzelnen, sondern durch mehrere Einzelstaaten gemeinschaftlich erfolgen; so bleibt auch in diesen Fällen die Erhebung der Zölle und Verbrauchssteuern überall eine einzelstaatliche Angelegenheit, und zwar um deswillen, weil es an einer ausdrücklichen Bestimmung darüber fehlt, daß für

derartige Ausnahmefälle die Erhebung der Zölle und Verbrauchssteuern als Reichsangelegenheit angesehen werden solle.

3., Von der Erhebung und Verwaltung der Zölle und Steuern ist nun aber noch unterschieden die Beaufsichtigung dieser Erhebung und Verwaltung. Daß diese in Gemäßheit der gesetzlichen Vorschriften und unter Einhaltung des gesetzlichen Verfahrens geschehe, das überwacht der Kaiser durch Reichsbeamte. Durch die Bestimmung des Art. 36, Abs. 2 sind demnach die früheren Zollvereinskontrolleure und die Bevollmächtigten bei den Direktivbehörden zu Reichsbeamten gemacht.

Aus Vorstehendem ergiebt sich nun aber folgendes Resultat:

Die Erhebung und Verwaltung der Zölle und Verbrauchssteuern ist unterschiedslos — gleichviel ob es sich um Binnenzollämter oder um Grenzzollämter handelt — gleichviel ob das Zollamt, durch welches die Erhebung und Verwaltung der Zölle erfolgt, innerhalb des Zollgebietes oder außerhalb desselben belegen ist — lediglich und ausschließlich Sache der Einzelstaaten;

die Beamten, welche bei der Verwaltung und Erhebung der Zölle und Verbrauchssteuern angestellt sind, sind keine Reichsbeamte, sondern Landesbeamte;

die Kassen, durch deren Vermittelung die Erhebung der Zölle und Verbrauchssteuern sowie deren Verwaltung — d. h. die Bestreitung der Erhebungs- und Verwaltungskosten — erfolgt, sind keine Reichskassen, sondern — im Gegensatze hiezu — bundesstaatliche Kassen.

Da nun im vorliegenden Falle der Beklagte nicht zu denjenigen Beamten gehört, welche in Gemäßheit des Art. 36, Abs. 2 vom Kaiser den Zoll- oder Steuerämtern, resp. den Direktivbehörden der einzelnen Staaten beigeordnet sind — da vielmehr der Beklagte unbestritten zu denjenigen Beamten gehört, welche mit der Erhebung der Zölle beschäftigt sind, so ist auch der Beklagte kein Reichsbeamter, sondern ein Beamter eines Einzelstaates, und zwar desjenigen, von welchem er angestellt ist.

Und da ferner die Kasse, aus welcher der Beklagte sein Gehalt bezieht, unbestritten eine solche Kasse ist, welche zur Erhebung und Verwaltung der Zölle und Steuern dient, so bezieht auch der Beklagte sein Gehalt nicht aus einer Reichskasse, sondern aus einer bundesstaatlichen Kasse.

Uebrigens lassen auch die Bestimmungen der Art. 38 und 39 der Reichsverfassung keinen Zweifel über die staatsrechtliche Qualifikation der Zollerhebungskassen.

Art. 38 bestimmt, worin der „Ertrag der Zölle und der anderen, in Art. 35 bezeichneten Abgaben", der in die Reichskasse fließt, besteht. Es geht aus dieser Vorschrift auf das unzweideutigste hervor, daß der in die Reichskasse fließende Ertrag nicht der Brutto-Ertrag sein kann; denn „dieser Ertrag" d. h. der in die Reichskasse fließende Ertrag — „besteht aus der gesammten von den Zöllen und den übrigen Abgaben aufgekommenen Einnahmen nach Abzug: 1, u. s. w." Das heißt deutlich genug, daß der Brutto-Ertrag, wie derselbe in eine zur Erhebung der Zölle u. s. w. bestimmte Kasse geflossen ist, nicht der Ertrag ist, welcher in eine Reichskasse geflossen ist. An Zöllen und Verbrauchssteuern vereinnahmt das Reich nicht Brutto-Einnahme, wie es Brutto-Einnahmen aus der Post- und Telegrapen-Verwaltung vereinnahmt; sondern aus Zöllen und Verbrauchssteuern vereinnahmt das Reich nur und allein Netto-Einnahmen.

Durch Art. 39 aber wird bestimmt, daß der Ausschuß des Bundesrathes für das Rechnungswesen von drei zu drei Monaten festzustellen habe „den von der Kasse jedes Bundesstaates der Reichskasse schuldigen Betrag" d. h. die Kasse des Bundesstaates ist die Brutto-Kasse; und aus dieser bundesstaatlichen Kasse fließt in die Reichskasse dasjenige, was in Gemäßheit des Art. 38 als „Ertrag" sich herausstellt.

Gegenüber diesen Vorschriften der Reichsverfassung könnte höchstens noch geltend gemacht werden, daß dieselben für das Bremische Hauptzollamt keine Anwendung fänden.

Wollte man indessen behaupten, es sei in den Hauptzollämtern der Hansestädte und speciell bei dem Hauptzollamte zu Bremen die Erhebung und Verwaltung der Zölle und Verbrauchssteuern nicht eine bundesstaatliche, sondern eine Reichsangelegenheit, und will man demgemäß der Kasse des Bremischen Hauptzollamts den Charakter einer Reichskasse vindiciren; so würde man hiemit nichts Anderes behaupten, als daß für die Hansestädte und speciell für Bremen eine Ausnahme von der an sich ausnahmslosen Vorschrift des Art. 36 der Reichsverfassung getroffen sei. Eine solche Aus-

nahmevorschrift würde aber nur durch ein in Gemäßheit des Art. 78 beschlossenes Reichsgesetz herbeizuführen gewesen sein. Ein derartiges Gesetz existirt aber nicht; woraus sich denn von vorne herein ergiebt, daß alle diejenigen klägerischen Ausführungen, durch welche dem Bremischen Zollamte der Charakter einer Reichsbehörde gewonnen werden soll, als nicht haltbare sich darstellen.

Es erscheint ausreichend in dieser Beziehung auf Folgendes einzugehen.

1., Es wird klägerischerseits die Bezeichnung des Bremischen Hauptzollamtes als „Kaiserliches Hauptzollamt“ hervorgehoben. Indessen eine Verordnung des Reichskanzlers (Reichsgesetzbl. 1872, S. 376), welche sich lediglich auf die Bezeichnung bezieht, welche die in den freien Hansestädten errichteten Zollstellen führen sollen, kann an der juristischen Natur dieser Zollämter nichts ändern. Trotz der Aenderung in der officiellen Bezeichnung bleiben dieselben sachlich was sie waren, d. h. Behörden, welchen die Erhebung und Verwaltung der Zölle und Verbrauchssteuern obliegt, und die demnach in Bezug auf ihre staatsrechtliche Qualifikation nach Maßgabe der Reichsverfassung Art. 36 nicht als Reichs-, sondern als Bundesstaatliche Behörden aufgefaßt werden müssen.

2., Es wird geltend gemacht, daß die bei den Kaiserlichen Hauptzollämtern angestellten Beamten nicht von einem, sondern von mehreren Bundesstaaten angestellt seien. Dies ist indessen für die staatsrechtliche Qualifikation dieser Zollämter durchaus indifferent. Denn nirgend ist es gesetzlich bestimmt worden, daß die verfassungsmäßig als bundesstaatliche hingestellte Obliegenheit der Erhebung und Verwaltung der Zölle und Gebrauchssteuern eine Obliegenheit nur eines Bundesstaates sein solle; nirgends ist bestimmt, daß, wenn letzteres nicht der Fall sein sollte, die bundesstaatliche Obliegenheit sich in eine Reichsangelegenheit verwandele. Und da es an gesetzlichen Bestimmungen dieses Inhalts durchaus fehlt, so wird man in jener Thatsache nichts weiter erblicken dürfen, als daß Zweckmäßigkeitsgründe irgend welcher Art die Besetzung der gedachten Zollämter durch Beamte verschiedener Staaten geboten haben mögen, welche Zweckmäßigkeitsgründe indessen nicht geeignet sind, den staatsrechtlichen Charakter jener Zollämter so oder anders zu gestalten.

3., Endlich wird noch Bezug genommen auf die Art und

Weise, in welcher die Beamten der Kaiserlichen Hauptzollämter etatisirt worden sind.

Nun steht es aber fest, daß die Gehalte der Beamten der Kaiserlichen Hauptzollämter in den publicirten Etat des Deutschen Reiches nicht aufgenommen sind. Zwar enthält der Reichs-Etat für das Jahr 1874 (Reichsgesetzblatt S. 320) unter den fortlaufenden Ausgaben Kap. 1, Tit. 9 den einen Posten „Controle der Zölle und Verbrauchssteuern". Daß diese Ausgabe im Betrage von 138,800 Thlr. in den Reichsetat aufgenommen ist, entspricht der Vorschrift der Reichsverfassung Art 36, Abs. 2. Aber diese einzige Ausgabe, welche der publicirte Etat in Betreff der Zölle und Verbrauchssteuern aufweist, hat mit den Ausgaben, welche die Zollämter verursachen, offensichtlich nichts zu thun. Bei den Einnahmen S. 320 werden dann Kap. 1, Tit. 1—7 die Einnahmen aus den Zöllen und Verbrauchssteuern aufgeführt, und zwar unter Tit. 1—6 die „Zölle und Verbrauchssteuern aus dem Zollverein", während Tit. 7 die Aversa für Zölle und Verbrauchssteuern beziffert. Die Einnahmen, welche hier verzeichnet sind, und unter denen sich, wie dies der Vergleich mit dem Special-Etat ergiebt, auch die Einnahmen der Kaiserlichen Hauptzollämter mit befinden, sind ausschließlich nach dem Netto-Ertrage aufgenommen. Die Kosten, welche die Erhebung und Verwaltung veranlaßten, sind in dem publicirten Etat gar nicht berücksichtigt, auch nicht diejenigen Erhebungs- und Verwaltungskosten, welche die Kaiserlichen Hauptzollämter verursachten. Der publicirte Etat hat somit die für die Kaiserlichen Hauptzollämter erwachsenen Ausgaben als Ausgaben des Reichs gesetzlich nicht anerkannt. Dieses tritt um so deutlicher hervor, wenn man mit Kap. 1 der Einnahmen die folgenden Kap. 2—5 vergleicht, woselbst die Einnahmen aus der Wechselstempelsteuer, der Post, der Telegraphie und der Eisenbahnen etatisirt sind. Die Erhebungs- und Verwaltungskosten dieser Bezüge sind, da das Reich selbst die Brutto-Einnahme gemacht hat, von dieser in Abzug gebracht. Damit sind diese Erhebungs- und Verwaltungskosten als Kosten, welche das Reich aufzuwenden hat, gesetzlich anerkannt, während in Betreff der Zölle und Verbrauchsteuern der Reichsetat überhaupt nur eine Netto-Einnahme, aber schlechterdings keine Erhebungs- und Verwaltungskosten kennt.

Und zu einem anderen Resultate gelangt man auch nicht unter Berücksichtigung des Specialetats. Denn die Prüfung desselben ergiebt, daß die demselben angelegten Berechnungen für die Unterhaltungskosten der Hauptzollämter in den Hansestädten in den publicirten Hauptetat überall nicht übergegangen sind. Diese dem Specialetat zu Grunde liegenden Berechnungen ergeben die Brutto-Einnahme, und ziehen davon die Erhebungs- und Verwaltungskosten ab. Die solchergestalt gefundenen Netto-Einnahmen erscheinen in dem Specialetat und aus diesem werden die Summen dieser Netto-Einnahmen in den Hauptetat übertragen. Daraus nun, daß jene Berechnungen dem Specialetat beigegeben werden, folgt sicherlich nicht, daß die in ihnen enthaltenen Erhebungs- und Verwaltungskosten der Zölle und Verbrauchssteuern die Bedeutung von Ausgaben des Reiches hätten. Vielmehr sind in jenen Berechnungen die Zoll-Brutto-Kassen der Hansestädte ebenso behandelt wie die der übrigen Bundesstaaten.

Nun wird klägerischerseits behauptet, daß der Reichsetat zwar die Gehalte der bei den Kaiserlichen Hauptzollämtern angestellten Beamten, nicht aber auch die Gehalte derjenigen Zollbeamten, welche bei den übrigen Zollämtern funktioniren, aufgenommen habe; und hieraus wird geschlossen, daß es mit den Gehalten der bei den Kaiserlichen Hauptzollämtern angestellten Beamten anders sich verhalten müsse, als mit den Gehalten der übrigen Zoll- und Steuerbeamten. Hiegegen ist indessen zu sagen, daß die Gehalte der bei den Kaiserlichen Hauptzollämtern angestellten Beamten keineswegs in den Reichsetat aufgenommen sind. Das, worauf der Kläger Bezug nimmt, reducirt sich vielmehr nur auf folgendes: Die dem Specialetat der Einnahmen aus Zöllen und Verbrauchssteuern zu Grunde liegende Berechnung der Zölle giebt bei den Kaiserlichen Hauptzollämtern die Erhebungs- und Verwaltungskosten an, welche letzteren weder in den Specialetat noch auch in den Hauptetat übergegangen sind. Und diese Erhebungs- und Verwaltungskosten der Kaiserlichen Hauptzollämter sind als Beilage zu I., d. h. der „Berechnung" der Zölle specialisirt, und diese Beilage zu einer „Berechnung" eines Specialetats hat die Ueberschrift: „Ausgabe-etat der Kaiserlichen Hauptzollämter in den Hansestädten." Sind nun die Ausgaben, welche die Berechnung I. nachweist, nicht in

den Etat aufgenommen, so können unmöglich diejenigen Etatisirungen, durch welche einzelne dieser in den Etat nicht aufgenommenen Ausgaben specialisirt sind, als in den Reichsetat aufgenommen erachtet worden. Vielmehr ist jene Beilage zu I, (der s. g. Ausgabe-Etat der Kaiserlichen Hauptzollämter) nichts Anderes als eine mit Rücksicht auf die Art der Besetzung dieser Zollämter sehr nahe-liegende, vom Bundesrathe veranlaßte Verwaltungsmaßregel, bei welcher der Bundesrath nicht als Gesetzgebungsfaktor des Deutschen Reichs, sondern als Gesammtorgan der innerhalb der gemeinschaftlichen Zollgrenze belegenen deutschen Staaten thätig wird.

4., Schließlich mag noch erwähnt werden, daß die klägerische Berufung auf [4] und [11] act. für die Entscheidung der Sache bedeutungslos bleiben mußte. Das erstere dieser Aktenstücke — ein Schreiben des Provincial-Steuerdirectors Sabarth — verliert jede Autorität schon durch die vollkommen entgegenstehenden Auslassungen desselben Beamten, welche sich in der apponirten Archiv-Akte Ss. 4. d. 2, c. 2, c. 9, vorfinden; und das Schreiben des preußischen Finanzministers entspricht zwar wörtlich der Sachlage; aber grade deshalb vermeidet es auch wohl, dasjenige auszusprechen, worauf es allein ankommen kann, daß nämlich die Kassen der Kaiserlichen Hauptzollämter Reichskassen seien.

Vorstehendem gemäß waren die klägerischen Beschwerden zu verwerfen, und der eventuellen Beschwerde des Beklagten zu deferiren.

Hiebei durfte jedoch nicht stehen geblieben werden, vielmehr war auch

II., der principalen Beschwerde des Beklagten zu deferiren.

Dieser beklagtischen Beschwerde gegenüber kam es ausschließlich darauf an, festzustellen, ob Art. 15 des Vertrages von 1865 (Bremisch. Gesetzbl. 1865, S. 49) zur Zeit noch in Bremen Gesetzeskraft habe. Und diese Frage mußte bejaht werden.

Der Vertrag vom 26. Januar 1856, abgeschlossen zwischen Preußen, Hannover und Kurhessen für sich und in Vertretung der übrigen Staaten des Zollvereins einerseits und der freien Hansestadt Bremen andererseits, ist am 27. August durch das Bremische Gesetzblatt publicirt und dadurch zu einem integrirenden Bestandtheile des in Bremen geltenden Rechts geworden. Später

ist derselbe durch den Vertrag vom 14. December 1865, welcher am 19. März 1866 (Brem. Gesetzbl. 1866, S. 8) in Bremen publicirt ist, erneuert worden. Durch diese Verträge aber wurde das Verhältniß Bremens zu dem zollvereinsländischen Gebiete vertragsmäßig geregelt, und trotz der politischen Aenderungen, welche seit jener Zeit sich in Deutschland vollzogen, sind diese vertragsmäßigen Regelungen noch heute als in Kraft stehend zu erachten (vgl. Weber der deutsche Zollverein, Geschichte seiner Entstehung und Entwickelung. Leipzig 1869, S. 460).

Zunächst nämlich blieb die Einverleibung Hannovers und Kurhessens in den Preußischen Staat ohne Einfluß auf das vertragsmäßige Verhältniß zwischen Bremen und dem Zollverein. Denn in Bezug auf das Verhältniß Bremens zum Zollverein war jene Einverleibung nur als ein Internum des Zollvereins anzusehen, welches lediglich die Folge hatte, daß an die Stelle der bis dahin in Bremen stationirten Hannoverschen Beamten Preußische Beamten traten.

Nach Errichtung des Norddeutschen Bundes und der Erneuerung des Zollvereins wurde Bremen zwar ein Bestandtheil des staatsrechtlich geeinigten Theiles von Deutschland; aber bezüglich seiner Zollverhältnisse blieb dasselbe, insoweit nicht in Bezug auf einzelne Gebietstheile der Beitritt zur Zolleinigung erfolgt war, außerhalb der Zollvereinigung. Die Handels- und Verkehrsverhältnisse Bremens mit den innerhalb der gemeinschaftlichen Zollgrenze belegenen Deutschen Staaten blieb geregelt durch die oben erwähnten Verträge der Jahre 1856 und 1865. Und eben so wenig wie die Zoll-Verhältnisse Bremens durch die Errichtung des Deutschen Reiches eine Aenderung erfuhren, eben so wenig ist dieses in Bezug auf die Wirksamkeit der Verträge von 1856 und 1865 geschehen.

Ist nun aber der Vertrag von 1856 überhaupt noch maßgebend, so sind es auch alle seine Bestimmungen, insoweit dieselben nicht durch die neueren staatsrechtlichen Verhältnisse gegenstandslos oder durch neuere Gesetze beseitigt worden sind. Daß nun die durch Art. 15 des Vertrages den bei dem Bremischen Hauptzollamte angestellten Beamten gewährte Steuerbefreiung nicht gegenstandslos geworden ist, bedarf keines Beweises, es ist aber auch der Nachweis, daß durch spätere Gesetzgebung diese Steuerbefreiung beseitigt sei, nicht gelungen.

Kläger beruft sich dafür, daß solches geschehen, auf das Reichsgesetz betreffend die Beseitigung der Doppelbesteuerung, und namentlich auf §. 2 Abs. 3 dieses Gesetzes, woselbst bestimmt wird:

„In Bundes- oder Staatsdiensten stehende Norddeutsche dürfen nur in demjenigen Bundesstaate besteuert werden, in welchem sie ihren dienstlichen Wohnsitz haben."

Die vorigen Instanzen behaupten nun, die Beseitigung der in Art. 15 des Vertrages von 1856 ausgesprochenen Steuerfreiheit sei durch diese reichsgesetzliche Bestimmung erfolgt, und zwar um deswillen, weil — wie das Obergericht sagt — jene Vertragsbestimmung nicht aufrecht erhalten werden kann, wenn man nicht annehmen will, daß mit derselben den Zollbeamten volle Steuerfreiheit habe gewährt werden sollen. Nun ist zwar soviel ganz gewiß, daß das Reichsgesetz es nicht beabsichtigt hat, weder den Zollbeamten überhaupt, noch einzelnen Kategorien derselben Steuerfreiheit zu verschaffen; aber eben so wenig kann man in der reichsgesetzlichen Bestimmung einen Anhalt dafür finden, daß die Absicht derselben die gewesen sei, irgend welchen Personen, welche in einem einzelnen Staate steuerfrei sind, resp. zur Zeit der Emanation des Reichsgesetzes steuerfrei waren, diese Steuerfreiheit zu entziehen. Unter Bezugnahme auf §. 2 des Doppelbesteuerungsgesetzes ist daher für die Beamten des Kaiserlichen Hauptzollamtes zu Bremen nur folgendes zu sagen: Es sind diese Beamten, da dieselben in Bremen ihren dienstlichen Wohnsitz haben, wenn überhaupt so nur in Bremen zu besteuern. Ob aber diese Beamten in Bremen steuerfrei oder steuerpflichtig sind, darüber entscheidet das Reichsgesetz überall gar nichts, vielmehr ist die Entscheidung hierüber nur auf Grund desjenigen Rechts zu treffen, welches in dieser Beziehung als Bremisches Recht Geltung hat.

Es mag sein, daß, wenn bei Abschluß des Vertrages von 1856 den Beamten des Bremischen Hauptzollamtes seitens des Bremischen Staates Steuerfreiheit zugesichert wurde, die Veranlassung hiezu in der Erwägung gelegen habe, daß, da die betreffenden Zollbeamten für die Dauer ihres dienstlichen Aufenthaltes in dem Unterthanenverbande desjenigen Staates verbleiben sollten, welchem sie angehörten, sie auch diesem ihrem Heimathsstaate steuerpflichtig bleiben, und daß sie demnach, falls man sie auch in

Bremen hätte besteuern wollen, der Doppelbesteuerung ausgesetzt worden wären. Wollte man nun aber auch diese Möglichkeit als Thatsache gelten lassen, was immerhin bedenklich sein möchte, so würde doch die Schlußfolgerung, daß weil durch das Reichsgesetz die Doppelbesteuerung beseitigt und somit jene mögliche Veranlassung zu der fraglichen Bestimmung des Art. 15 des Vertrages von 1856 fortgefallen sei, nun auch diese Vertragsbestimmung selbst fortgefallen sei, eine durchaus unrichtige sein. Denn es ist allgemein anerkannten Rechtens, daß die Geltung einer gesetzlichen Bestimmung von der Veranlassung, welche dieselbe entstehen ließ, unabhängig ist. Der Art. 15 ist überhaupt dazu bestimmt, die Rechtsverhältnisse der in Bremen stationirten Zollbeamten zu präcisiren; es werden deren Rechte und Pflichten erwähnt, und unter ersteren wird ihre Steuerfreiheit genannt. Dies geschieht ganz vollständig, ohne jede Beschränkung, ohne jede Rücksichtnahme darauf, ob oder in wie weit diese Beamten in ihrem Heimathstaate steuerpflichtig geblieben sein möchten. Ob der Heimathstaat der betreffenden Beamten gegen sie einen Steueranspruch geltend machen würde, war für die Verpflichtungen, welche der Bremische Staat durch jene Vertragsbestimmung übernahm, vollkommen gleichgültig. Und da dieser Vertrag zur Zeit noch besteht, so sind für die Dauer seines Bestehens die Beamten des im Jahre 1856 gegründeten Hauptzollamtes für ihr gesammtes Einkommen von der Einkommensteuer frei zu lassen.

Das Obergericht ist nun zwar der Ansicht, unter Bezugnahme auf die „Materialien" der Gesetzgebung den §. 2 des Doppelbesteuerungsgesetzes so interpretiren zu können, daß aus demselben die Beseitigung der durch Art. 15 des Vertrags von 1856 übernommenen Verpflichtung folge. Dem war indessen nicht beizutreten. Denn wenn auch das in der apponirten Archivacte befindliche Schreiben des hanseatischen Ministerresidenten eine Gesetzesbestimmung zu verheißen scheint, wie dieselbe in Gemäßheit der Bremischen Instruction (Archivacte 1870, März 9) als für Bremen erwünscht bezeichnet wurde, so ist doch die Realisirung dieses Wunsches darauf beschränkt geblieben, daß in den Bericht der Commission des Bundesraths ein Passus des Inhalts aufgenommen wurde, daß durch jenen §. 2 die auf Besteuerung bezüglichen Verabredungen des deutschen Zollvereins sich erledigen.

Wäre nun auch diese in dem Commissionsberichte niedergelegte Meinungsäußerung der Commissionsmitglieder eine unzweideutigere als sie es in der That ist, so würde doch schon zweifelhaft sein, ob auch nur das Plenum des Bundesraths die Anschauungen seiner Commission getheilt habe — (aus den Protokollen des Bundesraths — Archivakte 1870, März 31 — ist hierüber nichts zu ersehen). Und jedenfalls steht es fest, daß dem Reichstage, wie dieses die Motive des demselben vorgelegten Gesetzentwurfs darthun, über die fraglichen Bedenken und Meinungen der Commission nichts mitgetheilt worden ist. Es kann demnach, wie bei der Interpretation von Gesetzen überhaupt, so auch in diesem Falle nur das in Frage stehen, ob die Gesetzesformel selbst dasjenige als den Willen des Gesetzgebers zum Ausdrucke gebracht habe, was nach Ansicht des Obergerichts die übereinstimmende Ansicht der Mitglieder der Bundesrathscommission gewesen ist. Diese Frage mußte aber, mit Rücksicht auf dasjenige, was bereits oben über den Sinn des §. 2 des Doppelbesteuerungsgesetzes beigebracht ist, verneint werden.

Und eben so wenig wie durch ein Reichsgesetz ist auch durch ein Bremisches Gesetz, namentlich auch nicht durch §. 2a des Bremischen Einkommensteuergesetzes von 1872, die Aufhebung des Art. 15 des Vertrages von 1856 erfolgt.

Zwar ist es unbestritten, daß bei einem völkerrechtlichen Vertrage die einzelnen Staaten die contrahirenden Persönlichkeiten sind. Aber hieraus folgt keineswegs, daß auch die Wirkungen völkerrechtlicher Verträge ausschließlich auf die contrahirenden Subjecte als solche beschränkt bleiben. Vielmehr ist zu sagen, daß durch solche völkerrechtliche Verträge, welche sich auf Gegenstände beziehen, die an sich auch den Gegenstand der Gesetzgebung innerhalb der contrahirenden Staaten ausmachen könnten, auch die Staatsangehörigen der betreffenden Staaten berechtigt und verpflichtet werden, falls, wie dies im vorliegenden Falle zutrifft, die fraglichen Verträge in gleicher Form, wie solche für die Landesgesetze vorgeschrieben, publicirt worden sind.

Hieraus folgt denn, daß diejenigen Personen, welche als Beamte des Bremischen Hauptzollamtes in Bremen domicilirt sind, für die Dauer dieses ihres amtlichen Verhältnisses aus Art. 15

des Vertrages so berechtigt als verpflichtet worden. Es handelt sich hiebei lediglich um specielle Berechtigungen und Verpflichtungen von bestimmten in der Vertragsbestimmung bezeichneten Personen, die maßgebend sein sollen, unter speciell bezeichneten Voraussetzungen. Das Einkommensteuergesetz von 1872 ist aber ein durchaus generelles Gesetz, auf welches, da es die in dem Vertrage von 1856, Art. 15 speciell fixirten Verhältnisse nicht berührt, die Regel Anwendung leidet, daß das spätere generelle Gesetz das frühere specielle Gesetz nicht zu beseitigen vermöge.

Bei dieser Sachlage war es nicht erforderlich die weiteren Beschwerden des Beklagten einer Prüfung zu unterziehen.

20.

Heinrich Johann Borcherding geschiedene Ehefrau Minna geb. Swart, Klägerin, wider Heinrich Johann Borcherding, Beklagten, Ersatz von Alimenten betr.

Urtheil vom 2. Februar 1875.

Im Zweifel ist bei Verträgen diejenige Auslegung vorzuziehen, welche einen verständlichen Sinn giebt.

Nur Vergleiche über letztwillig zugewandte Alimente bedürfen der gerichtlichen Bestätigung.

Die Entscheidungsgründe führen aus:

Klägerin fordert in diesem Rechtsstreite einestheils Ersatz der von ihr vor Anstellung der Klage für ihren und des Beklagten gemeinsamen Sohn aufgewandten Alimente, anderntheils Feststellung der Verbindlichkeit des Beklagten, ihr solche Alimente in gewisser Höhe zu ersetzen, für die Zukunft. Inwiefern die Klage in der einen oder andern Richtung an sich rechtlichen Grund habe, braucht nicht erörtert zu werden, da die vom Obergericht ausgesprochene Abweisung doch wegen der aus dem Vergleiche vom 29. Juni 1868 abzuleitenden Einrede unter allen Umständen aufrecht zu halten war.

Durch das Scheidungsurtheil vom 18. Mai 1868 war der Beklagte, als schuldiger Theil, seines Antheils am ehelichen Sammtgute für verlustig erklärt, und die Erziehung des Kindes der Klägerin überwiesen. Nachdem sodann zwischen den Parteien außergerichtlich ohne Ergebniß über einen Verzicht der Klägerin auf das Sammtgut gegen fixe vom Beklagten zu übernehmende Alimentations-Verpflichtungen u. dgl. verhandelt worden war, stellte Klägerin am 4. Juni 1868 beim Obergericht einen Antrag, mittelst dessen sie ihr Recht auf das Sammtgut verfolgen wollte; daran schloß sich dann aber ein gerichtlicher Güteversuch, welcher im Termin vom 29. Juni in der Weise zum Ziele führte, daß Dr. Rodatz, als damaliger Anwalt der Klägerin, die letzte Vergleichsproposition des Beklagten anzunehmen erklärte. Diese Proposition war nun aber im Termine vom 23. Juni laut Protokolles dahin gemacht worden:

> „Beklagter offerirte 400 Thlr. binnen 6 Wochen an Klägerin zu bezahlen, wogegen Klägerin die Erziehung des Kindes mit übernimmt, ohne daß aber die Rechte des Kindes selbst dadurch alterirt werden; dagegen behalte er das Sammtgut."

Es kommt darauf an, was die Worte: „wogegen Klägerin die Erziehung des Kindes mit übernimmt", hier bedeuten. Die Ausdrucksweise ist keinenfalls glücklich gewählt, und so weit der Sinn wirklich ganz zweifelhaft bliebe, würde die dem Beklagten, als dem Urheber der Wortfassung, ungünstigere Auslegung den Vorzug verdienen. Jedoch war kein Anlaß gegeben, auf dieses letzte Auskunftsmittel zurück zu greifen. Zuvörderst mußten unter „Erziehung" hier nothwendig die Erziehungs*kosten* verstanden werden; denn das Erziehungs*recht* war der Klägerin schon durch Scheidungsurtheil zugesprochen, während unter Anderm gerade auch der Alimentationspunkt einen Gegenstand der Vergleichsverhandlungen gebildet hatte, und zudem wäre es absurd, von der Uebernahme eines Rechtes als von einer Gegenleistung gegen eine Geldzahlung zu reden. Damit steht aber schon fest, daß die Klage mindestens theilweise durch die exceptio pacti beseitigt wird. Ob nur theilweise oder ganz, das hängt davon ab, welche Bedeutung man dem Worte „mit" hier beilegt. Vor Allem ist in dieser Hinsicht zu bemerken, daß die Klägerin selbst nicht einmal geltend macht, daß der Vergleich ihr jedenfalls nur pro parte entgegen stehe, sondern

nur hervorhebt, da man das „mit" in diesem Sinne nehmen müsse, so sei der Vergleich, weil er keinen Maßstab für die Vertheilung der Erziehungskosten enthalte, dunkel und unverständlich, und daher ungültig. Diese Folgerung verstößt jedoch gegen allgemeine Grundsätze; vielmehr ist jeder Vertrag womöglich so auszulegen, daß er einen verständlichen Sinn giebt. Da nun in der That die Festsetzung, daß die Klägerin irgend einen unbestimmten Theil der Erziehungskosten übernehmen solle, höchst dunkel, und daher als Inhalt eines Vergleiches äußerst unzweckmäßig sein würde, so kann sie nicht als gewollt gelten, so lange sich ein anderer, annehmbarer Sinn darbietet. Letzteres ist nun aber der Fall; gemeint ist offenbar: Klägerin verzichtet gegen Empfang der 400 Thlr. nicht nur auf das Sammtgut, sondern übernimmt mit und neben dieser Leistung auch noch die andere, daß sie sich zur Tragung der Erziehungskosten verpflichtet.

Die Klägerin beruft sich freilich auf die angebliche Unwahrscheinlichkeit einer Auslegung, wonach sie sich für die Zahlung von 400 Thlr. mit so bedeutenden Gegenleistungen hätte belasten wollen; allein in den Entscheidungsgründen des Obergerichts ist bereits zur Genüge erörtert, daß hierin nach den damaligen Verhältnissen des Beklagten, nach dem zur Zeit des Vergleiches wahrscheinlichen Zustande des Sammtgutes keine Prägravation der Klägerin lag. Man wird dem um so mehr beistimmen, wenn man nicht außer Acht läßt, daß, wie der Vertreter des Beklagten in der vorigen Instanz mit Recht erinnert hat, die Lebensdauer des zu alimentirenden Kindes etwas Ungewisses war.

Die Lage der Sache ist auch nicht dazu angethan, der Klägerin — wie sie eventuell beantragt hat — noch den Beweis (den sie Gegenbeweis nennt) freizulassen, daß der Vergleich sich auf die Verpflichtung zur Alimentirung des Kindes nicht habe beziehen sollen; denn Klägerin hat so wenig in erster Instanz wie später behauptet, daß neben dem Vergleiche selbst noch besondere thatsächliche Umstände vorgekommen seien, die zu einer abweichenden Auslegung desselben führen könnten, sondern sich auf Deductionen aus dem Wortlaute des Vergleiches und aus der in den Akten gegebenen Vorgeschichte desselben beschränkt.

Von selbst versteht es sich, daß die in dem Vergleiche zum

Ueberflusse geschehene Reservation der Rechte des Kindes der Klage der Mutter nicht zur Stütze dienen kann.

Endlich ist völlig haltlos die in revisorio vorgekommene Berufung der Klägerin auf den Satz des Römischen Rechtes, der Vergleiche über Alimente ohne gerichtliche Bestätigung für nichtig erklärt. Nicht nur beschränkt sich dieser Satz — wie das Obergericht angedeutet hat – auf Vergleiche über die Alimentenforderung des Alimentationsberechtigten selbst, sondern sogar auf Vergleiche über letztwillig zugewandte Alimente.

l. 8, §. 2. D. de transact. 2, 15.

Hat demnach die Klägerin durch den Vergleich vom 29. Juni 1868 in rechtsgültiger Weise dem Beklagten jede auf die Alimentation des Kindes bezügliche Last, die ihn sonst treffen würde, abgenommen, so kann sie ihn jetzt nicht auf Ersatz der von ihr aufgewandten und noch aufzuwendenden Alimente belangen: und damit fallen alle von ihr gegen die vorigen Erkenntnisse aufgestellten Beschwerden.

21.

Heinrich Garbade zu Oslebshausen, Kläger, wider den Bremischen Staat, Beklagten, Schadensforderung betr.

Urtheil vom 3. April 1875.

Der Richter ist befugt, zu prüfen, ob ein Gesetz der Staatsverfassung widerspricht, und in diesem Falle ersterem die Anwendung zu versagen.

Art. 19 der Bremischen Verfassung: „Das Eigenthum und sonstige Privatrechte sind unverletzlich. Eine Abtretung, Aufhebung oder Beschränkung derselben zum allgemeinen Besten kann nur gegen gerechte Entschädigung in den durch das Gesetz bestimmten Fällen und Formen verlangt werden".

§. 5 der Bremischen Verordnung vom 28. December 1870, betreffend die Landgemeinden: „Alle bisherigen Befreiungen

von Gemeindelasten, sofern sie nicht auf Bundesgesetzen oder Staatsverträgen beruhen, fallen ohne Entschädigung hinweg."

Die Entscheidungsgründe führen aus:

Für die Bestätigung des vorigen Erkenntnisses waren folgende Gesichtspunkte maßgebend.

Insofern nicht eine positive Vorschrift mit dem Inhalt des Art. 106 der Preußischen Verfassungsurkunde die Prüfung der Rechtsgültigkeit von in gehöriger Form verkündeten Verordnungen den Behörden entzieht, ist es nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen Befugniß wie Pflicht der Behörden und besonders des Richters, die Anwendung einer landesherrlichen Anordnung dann abzulehnen, wenn ihr Inhalt den Inhalt eines Gesetzes enthält, und die Formen nicht beobachtet sind, welche die Landesverfassung für das Zustandekommen von Gesetzen vorschreibt. Daß der Richter zu dem Ende zunächst zu prüfen hat, ob bei der Publication des fraglichen Gesetzes ausdrücklich die Beobachtung der verfassungsmäßig vorgeschriebenen Formen constatirt ist,

B. Straff. ca. Stech u. Consf. Kierulff, Samml. Bd. 5. S. 331,

ist Selbstverstand. Allein diese Entscheidung bezieht sich nur auf die Frage, welche Kenntnißquellen ausreichend sind, um den Richter in den Stand zu setzen, sich darüber Gewißheit zu verschaffen, daß die verfassungsmäßigen Formen beim Zustandekommen der Gesetze gewahrt seien. Die Entscheidung selbst geht also von der Voraussetzung aus, daß der Richter über die Beobachtung der verfassungsmäßigen Formen beim Zustandekommen des Gesetzes nicht in Zweifel sein dürfe; und beschränkt sich darauf, einen Umstand hervorzuheben, welcher geeignet ist, derartige Zweifel zu beseitigen.

Geht man nun davon aus, daß Gesetzen gegenüber, welche nicht Verfassungsgesetze sind, der Richter darüber vergewissert sein muß, daß das von ihm anzuwendende Gesetz in verfassungsmäßig vorgeschriebener Form zu Stande gekommen sei, so muß das Gleiche auch für solche Gesetze verlangt werden, welche selbst Verfassungsgesetze sind, ihr Inhalt mag den bisherigen Rechtszustand ganz oder theilweise erweitern oder beschränken.

Denn durch das Verfassungsgesetz eines Landes wird der

Richter ebenso gebunden, wie durch jedes andere Gesetz. Wenn also für die Abänderung des Verfassungsgesetzes die Beobachtung bestimmter Formen vorgeschrieben ist, so kann auch das Verfassungsgesetz nur unter Beobachtung dieser Formen aufgehoben oder abgeändert werden, wie ja auch ein anderes Gesetz, welches nicht Verfassungsgesetz ist, nur unter Beobachtung der für die Gesetzgebung überhaupt vorgeschriebenen Formen geändert werden kann. Ein gewöhnliches Gesetz besteht so lange, bis es auf dem Wege der Gesetzgebung d. h. unter Beobachtung der für den Erlaß von Gesetzen vorgeschriebenen Formen aufgehoben ist; und ebenso besteht auch ein Verfassungsgesetz so lange, bis es auf dem Wege der Verfassungsgesetzgebung d. h. unter Beobachtung der für Verfassungsänderungen vorgeschriebenen Formen aufgehoben ist. Verschieden hievon ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Richter sich überzeugt halten dürfe, daß die zur Aenderung des Verfassungsgesetzes erforderlichen Formen beobachtet seien: allein deren Beantwortung wird im vorliegenden Falle nicht erforderlich. Denn der hier zur Beurtheilung stehende Fall besteht in Folgendem:

Es ist in Bremen ein Verfassungsgesetz erlassen, mit dem Inhalt des Art. 19; und es ist ferner in Bremen ein diesem Verfassungsgesetz widersprechendes Gesetz erlassen, welches jedoch nicht Verfassungsgesetz ist, nämlich die V. v. 28. Decbr. 1870. — Da das letztgenannte Gesetz unter Beobachtung der für die gewöhnliche Gesetzgebung vorgeschriebenen Formen erlassen worden ist, so bindet dieses Gesetz den Richter und zwar in der gleichen Weise, wie derselbe durch jedes Gesetz gebunden wird. Wenn aber die für die gewöhnliche Gesetzgebung vorgeschriebenen Formen nicht genügend sind, um auch die Verfassungsgesetze zu ändern, so ist durch diesen Act der gewöhnlichen Gesetzgebung das Verfassungsgesetz unberührt geblieben. Es besteht also auch dieses fort, und weil es fort besteht, muß es als ein bestehendes Gesetz von dem Richter beobachtet werden. Hiedurch tritt eine Collision gesetzlicher Bestimmungen hervor, welche bei der Ungleichartigkeit der collidirenden Gesetze mittelst des Satzes lex posterior derogat legi priori nicht beseitigt werden kann; die vielmehr nur unter Anwendung des Rechtssatzes, daß den Verfassungsgesetzen widersprechende Gesetze nicht erlassen werden dürfen, zu beseitigen ist.

Diese Entscheidung zu treffen ist aber der Richter auch ohne, daß ihm diese Befugniß durch ein besonderes Gesetz ausdrücklich übertragen wird, um deswillen für competent zu erachten, weil ihm die Verpflichtung obliegt, die Gesetze anzuwenden, und die Anwendung zweier bestehender sich einander widersprechender Gesetze eine Unmöglichkeit ist. Die Anerkennung des Satzes, daß der Richter ein der Verfassung widersprechendes Gesetz nicht anzuwenden habe, enthält daher keine Erhebung des Richters über den Gesetzgeber, sondern ist lediglich eine Anerkennung seiner Befugniß, bei vorhandener Collision von Gesetzen dasjenige Gesetz zur Anwendung zu bringen, welches nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen in Anwendung gebracht werden muß. — Bei Collisionen von Reichs- und Landesgesetzen ist eine gesetzliche Vorschrift vorhanden, wie diese Collision zu beseitigen sei. Für den Fall einer Collision von Gesetzen mit verschiedener Tragweite, welche von der gleichen gesetzgebenden Gewalt erlassen wurden, tritt der Rechtsgrundsatz ein, daß die gewöhnlichen Gesetze den Vorschriften des Verfassungsgesetzes nicht widersprechen dürfen. Wird dagegen geltend gemacht, daß, wenn die gesetzgebenden Faktoren ein Gesetz unter den Formen der gewöhnlichen Gesetzgebung erlassen haben, welches dem Richter einen Widerspruch gegen den Inhalt der Verfassung zu haben scheint, sie, die gesetzgebenden Faktoren, auch erwogen haben werden, ob ein solcher Widerspruch bestehe, so folgt daraus doch nur, daß der Richter verpflichtet sein muß, das Für und das Wider im Fall eines Widerspruchs sorgfältig zu erwägen, wie dieses in dem ähnlichen Falle erforderlich ist, wenn der Richter in die Lage kommt, gegen die Ansicht der gesetzgebenden Faktoren des Einzelstaates ein von diesen beschlossenes Gesetz als den Reichsgesetzen widersprechend erklären zu müssen.

Nun stellt die Bremische Verfassungs-Urkunde vom 21. Febr. 1854 in Art. 67 verschiedene Formalitäten fest, unter deren alleiniger Beobachtung Aenderungen der Verfassung vorgenommen werden dürfen. Wären diese Formalitäten bei Erlaß des Gesetzes vom 28. Decbr. 1870 beobachtet worden, so würde dies für genügend angesehen werden können, um ein die Verfassung änderndes Gesetz anzunehmen. Daß dies aber geschehen sei, ist nach Lage der Akten in keiner Weise anzunehmen; es deutet nichts darauf hin, daß bei

dem Gesetze vom 28. Decbr. 1870 etwas Anderes als ein Akt der gewöhnlichen Gesetzgebung vorliegt. Wenn aber dies, so ergiebt sich daraus das in den Gründen zum vorigen Urtheil niedergelegte Ergebniß, und nicht minder die daraus gezogenen Folgerungen ohne Weiteres.

22.

Rathje Fouckhardt zu Lehe, Kläger, wider Wilhelm Renken zu Bremerhaven, Beklagten, Vorkaufsrecht betr.

Urtheil vom 20. Mai 1875.

Das Vorkaufsrecht giebt Anspruch auf Gewährung der mit einem Dritten vereinbarten Zahlungs-Modalitäten.

Die Entscheidungsgründe führen hierüber aus:

In dem die Exhibition betreffenden Vorverfahren ist durch die erwähnte Verweigerung des dem Beklagten auferlegten Reinigungseides als Inhalt des mit Wiese vereinbarten Kaufgeschäftes festgestellt worden, daß der Kaufpreis, abgesehen von der bei Unterzeichnung des Contrakts zu entrichtenden Anzahlung von 2500 Reichsmark, nicht sofort bei der Lassung zu bezahlen sei, sondern 22,000 Reichsmark als kündbares Darlehen zu 5% stehen bleiben, und die übrigen 22,000 Reichsmark in halbjährigen Raten von mindestens 500 Reichsmark, unter gleicher Verzinsung zu 5%, abgetragen werden sollten. Zu seiner Sicherheit hatte sich der Beklagte laut [8] bis zur Berichtigung des ganzen Kaufpreises sein Eigenthumsrecht reservirt und außerdem die Bestellung einer Generalhypothek an dem Vermögen des Käufers Wiese ausbedungen.

Die Frage ist daher die, ob der Kläger dieselben Zahlungs-Modalitäten für sich beanspruchen dürfe, oder den ganzen Kaufpreis baar zu entrichten verbunden sei. Während das Amt Bremerhaven sich in seinen Entscheidungsgründen für letzteres erklärt hat, mußte mit dem Obergericht die erstere Ansicht als die richtige anerkannt werden. Es genügt in dieser Beziehung auf den wesentlichen

Inhalt der Gründe des Obergerichts Bezug zu nehmen, und ist nur noch hinzuzufügen, daß das Ober-Appellations-Gericht sich bereits in einer Frankfurter Sache in gleichem Sinne ausgesprochen hat.

Fr. Reuter Wwe. ca. Reis Septbr. 1862. (Frkf. Vereinsſ. Bd. 7. S. 143—145.

Der damalige Fall war dem gegenwärtigen im Wesentlichen gleich, und der auch schon von älteren Schriftstellern geltend gemachte Grund, daß die Zahlungsfristen wegen ihres Einflusses auf die Höhe des Kaufpreises zu den sachlichen Bedingungen des Kaufes gehören und der Verkäufer bei Einräumung des Vorkaufsrechtes auf die Möglichkeit solcher Modalitäten, sowie bei Abschluß des Kaufes auf das bewilligte Vorkaufsrecht Rücksicht zu nehmen hat, muß hier wie dort als entscheidend angesehen werden. Denn wie der, welcher ein Vorkaufsrecht geltend machen will, sich alle ihm lästigen Bedingungen des abgeschlossenen Kaufcontractes gefallen zu lassen hat, so müssen ihm ebenso alle dem Interesse des Käufers günstigen Bedingungen zu Statten kommen. Die Frage, wie es sich bei einer auf persönlichen Credit beruhenden Befristung verhalte, — welchen Fall einige Schriftsteller mit dem Preußischen Landrecht I, 20, §. 621 als Ausnahme betrachten wollen, — kann auch jetzt dahin gestellt bleiben. Denn wie sich in der Frankfurter Sache die Verkäuferin eine Hypothek, so hat sich der jetzige Beklagte das Eigenthumsrecht an dem verkauften Hause bis zur Bezahlung des ganzes Kaufpreises vorbehalten, hat also auf Grund realer Sicherstellung die Zahlungsfristen bewilligt. Der Umstand aber, daß der Beklagte sich daneben noch am Vermögen des Käufers Wiese eine Generalhypothek ausbedungen hatte, vermag schon deshalb an diesem Charakter des Geschäfts nichts zu ändern, weil die Generalhypothek nach Bremischem Rechte nicht ein dingliches Recht gegen Dritte, sondern nur ein Vorzugsrecht giebt.

23.

Friedrich Osmers zu Oberneuland, Expropiat, wider die Cöln-Mindener Eisenbahngesellschaft, Exproprantin, Entschädigungs-Ansprüche betr.

Urtheil vom 8. Juni 1875.

Anwendung des §. 16 Satz 1 des Bremischen Expropriationsgesetzes vom 14. Juni 1843, welcher lautet:

„Die dem Eigenthümer über den abzutretenden Gegenstand zu leistende Entschädigung umfaßt, außer dem Ersatz des vollen Werthes dieses Gegenstandes, Vergütung der besonderen Nachtheile, welche er durch die Expropriation erleidet."

Die Entscheidungsgründe führen aus:

Der Anspruch sub V ging dahin, daß die Exproprantin schuldig erkannt werde, des Appellanten nicht weit vom Eisenbahndamm entferntes und darum steter Feuersgefahr ausgesetztes Wohnhaus zu übernehmen und die Herstellungskosten eines neuen Wohnhauses gleicher Größe zu bezahlen. In den Beschwerden voriger und jetziger Instanz ist der Anspruch dahin modificirt, daß die Exproprantin dem Appellanten entweder ein neues mit Stein gedecktes Wohnhaus gleicher Größe für ihre Rechnung herzustellen, oder die dafür erforderlichen Kosten zu übernehmen habe, und ist eventuell beantragt, die Rechtmäßigkeit des Anspruches den Sachverständigen zur Beurtheilung zu verstellen.

Der Grund der in den vorigen Instanzen erkannten Abweisung ist der, daß der Anspruch in keinem Zusammenhange mit der Expropriation stehe, daher nicht in dieses Verfahren gehöre, da der fragliche Nachtheil ein solcher sei, welcher jeden Anlieger einer Eisenbahn treffen könne, möge etwas von seinem Grundeigenthum expropriirt werden oder nicht. Dieser Grund war nicht als zutreffend anzuerkennen. Nach §. 16 des Expropriationsgesetzes vom 14. Juni 1843 hat ein Expropriant nicht bloß Anspruch auf den vollen Geldwerth des abzutretenden Gegenstandes selbst, sondern kann daneben auch noch Vergütung aller ihm sonst durch die Expropriation verursachten Nachtheile („der

besonderen Nachtheile, welche er durch die Expropriation erleidet") verlangen. Die Entschädigung erstreckt sich also, wie hiernach keinem Zweifel unterliegt, auch auf alle die Nachtheile, welche den Expropriaten mittelbar in Bezug auf den ihm außer dem abgetretenen Grundstück gehörigen Grundbesitz treffen. Zu solchen mittelbaren Nachtheilen gehören aber nicht bloß die, welche mit der Enteignung als solcher, d. h. schon mit dem Verlust eines Grundstückes oder Grundstücktheiles, für das übrige Besitzthum des Exproprianten verbunden sind, sondern auch die, welche für dieses Besitzthum durch den bestimmungsgemäßen Geschäftsbetrieb auf dem enteigneten Grundstück herbeigeführt worden. Denn die Expropriation erfolgt nach §. 2 des Gesetzes auf Grund eines für jeden einzelnen Fall besonders zu fassenden Beschlusses der gesetzgebenden Factoren, immer nur für ein ganz bestimmtes Unternehmen. Derjenige Geschäftsbetrieb, welcher das expropriirte Grundeigenthum gerade zu dem Zwecke verwendet, für welchen es dem bisherigen Eigenthümer entzogen wird, ist daher etwas von Anfang an Gegebenes und nur die Verwirklichung des durch die Expropriation bedingten Unternehmens. Die Möglichkeit, daß nach geschehener Expropriation und geleisteter Entschädigung der bezweckte Betrieb geändert oder aufgegeben und damit die nachtheilige Einwirkung desselben beseitigt werden könnte, ändert an dieser Erwägung nichts. Denn die Entschädigung muß nach den zur Zeit ihrer Feststellung obwaltenden Umständen bemessen werden; wird zu dieser Zeit ausschließlich auf einen bestimmten Betrieb hingearbeitet, oder hat derselbe, wie im vorliegenden Falle, sogar schon begonnen, ohne daß von einer bevorstehenden Aenderung die Rede wäre, so muß die Entschädigungsfrage auch mit Rücksicht auf eben diesen Betrieb beantwortet werden. Eben so wenig läßt sich einwerfen, daß die Nachtheile, welche der Geschäftsbetrieb für das dem Expropriaten verbleibende Eigenthum mit sich bringt, zwar Folgen des Unternehmens überhaupt, aber doch nicht speciell der gegen ihn vollzogenen Expropriation seien. Der Causalzusammenhang liegt darin, daß der Expropriat, so lange er Eigenthümer des ihm entzogenen Grundstückes war, eben als Eigenthümer sich rechtlich in der Lage befand, jeden Geschäftsbetrieb auf dem Grundstück, welcher seinem übrigen Besitzthum nachtheilig werden konnte, also insbesondere auch diejenige

Art des Geschäftsbetriebes, wozu das enteignete Grundstück verwendet wird, selbst zu vermeiden und Anderen zu untersagen. Die Expropriation nimmt ihm diese rechtliche Lage und zwingt ihn, sich auf dem entzogenen Grundstück einen seinem übrigen Eigenthum schädlichen Geschäftsbetrieb gefallen zu lassen. Eben hierin liegt der wesentliche Unterschied von Jedem, dessen Grundbesitz durch den Betrieb einer nahe dabei gebauten Eisenbahn belästigt oder benachtheiligt wird, ohne daß eine Expropriation von andern Theilen seines Grundbesitzes erst die Möglichkeit zu solcher Benachtheiligung gegeben hätte. Während ein solcher Grundbesitzer auf die allgemeinen Rechtsmittel, welche unter gewissen Voraussetzungen gegen die von benachbarten Grundstücken ausgehenden Störungen gegeben sind, beschränkt bleibt, soweit gegen eine concessionirte Eisenbahn davon Gebrauch zu machen ist, würde es mit der Natur und dem Sinn eines auf vollständige Entschädigung ausgehenden Expropriationsgesetzes nicht übereinstimmen, wenn auf jene in ihrem Erfolge vielfach zweifelhaften Rechtsmittel auch derjenige verwiesen werden sollte, welcher zu der die Benachtheiligung mit sich bringenden Nachbarschaft des Geschäftsbetriebes erst durch die Expropriation gezwungen worden ist.

Die hier dargelegte Auffassung über den Anspruch sub V ist dieselbe, welche das Ober-Appellations-Gericht bereits in einer ganz ähnlichen Lübeckischen Rechtssprache

Mecklenb. Schwerin'sche Regierung ca. Isernhagen. Novbr. 1870.
(Kierulff, Samml. Bd. 6, S. 547 ff.)

zu Grunde gelegt hat, und zwar bei Anwendung eines Expropriationsgesetzes, welches nur in ziemlich allgemeinen Ausdrücken die vollständige Entschädigung des Expropriaten vorschrieb, während der besondere Inhalt von §. 16 des Bremischen Gesetzes die Richtigkeit der Auffassung erheblich unterstützt, namentlich insofern, als daselbst die Verminderung des Werthes des dem Expropriaten verbleibenden Theils seines Grundeigenthums ausdrücklich als Beispiel der zu vergütenden „besonderen Nachtheile" aufgeführt ist. Denn die mit dem bestimmungsgemäßen Eisenbahnbetrieb auf dem expropriirten Grunde verbundenen Nachtheile für das dem Expropriaten verbleibende Grundeigenthum fallen unverkennbar unter den Gesichtspunkt einer Werthverminderung des letzteren. Und diese Werth-

verminderung hat der §. 16 uneingeschränkt der Entschädigungspflicht unterzogen, während der §. 17 jede Berücksichtigung einer in Folge der beabsichtigten Anlage erst entstehenden Werthserhöhung oder Werthverminderung des abzutretenden Gegenstandes völlig sachgemäß ausschließt; ein Gegensatz, dessen Bedeutung der Sachführer der Expropriantin in zweiter Instanz (Prot. p. 8 ff.) vergeblich zu bekämpfen versucht hat. Uebrigens beruht auch die von den vorigen Instanzen zu dem Anspruch No. III gebilligte Berücksichtigung der Umwege, insofern es sich um die Frage handelt, ob der Betrieb der Eisenbahn mit in Rechnung zu ziehen sei, bereits auf derselben Auffassung. Denn die zu den Umwegen Anlaß gebende Wahl der Uebergänge über die Bahn folgt nicht von selbst aus der Entziehung des expropriirten Grundstücks, sondern wird erst durch den Betrieb der Bahn erforderlich und hängt von den hierfür zu nehmenden Rücksichten ab.

Für den vorliegenden Punkt bedarf es nur noch der Bemerkung, daß die Feuersgefahr, welcher der Appellant für sein Wohnhaus ausgesetzt sein will, als eine von Anfang an mit dem Betrieb, zu dessen Behuf expropriirt worden ist, verbundene Folge angesehen werden muß, da das Unternehmen der Expropriantin nach [1] der Akten,

vergl. auch Gesetzsamml. von 1872, S. 171 ff. S. 177 ff.

die Venlo-Hamburger Eisenbahn, also eine große Verkehrsbahn zum Gegenstand hatte, deren Befahrung mit Locomotiven in Aussicht genommen sein mußte; wie denn auch darüber, daß diese Befahrung inzwischen als regelmäßige ins Werk gesetzt worden ist, kein Zweifel obwaltet, da die Expropriantin in der Triplik pg. 6 eingeräumt hat, daß sie sich der Verantwortlichkeit für allen Feuerschaden, den ihre Locomotiven dem Expropriaten zufügten, bewußt sei, daß deshalb mit Vorsichtsmaßregeln gefahren werde, eine Feuerwache aufgestellt, und eine Caution für allen durch den Bahnbetrieb etwa entstehenden Feuerschaden geleistet sei.

Wenn hiernach der Appellant mit Recht verlangt, daß der erhobene Anspruch im gegenwärtigen Expropriationsverfahren seine Erledigung finde, so unterliegt es in der Sache selbst auch keinem Zweifel, daß, die behauptete Feuersgefahr vorausgezt, die Expropriantin verbunden ist, dem Appellanten Schadloshaltung zu

gewähren, und zwar entweder nach Analogie von §. 6 des Expropriationsgesetzes durch Herstellung der zur Beseitigung der Feuersgefahr dienenden baulichen Veränderungen am Wohnhause des Appellanten, oder durch Zahlung des dafür erforderlichen Kosten-Betrages. Da der Appellant selbst sein Verlangen alternativ in gedachtem Sinne gestellt hat, so braucht nicht erörtert zu werden, ob er befugt gewesen wäre, eine der Alternativen ausschließlich zu beantragen.

24.

Christoph Herzog und Hinrich Bolte zu Bremen, Kläger, wider Arend Solte zu Schwachhausen, Beklagten, wegen Kaufs eines Immobile.

Urtheil vom 15. Juni 1875.

Die Vorschrift des §. 10 der Bremischen Verordnung vom 23. Januar 1826 betr. landherrliche Bestätigung der eine Uebertragung von Grundeigenthum im Bremischen Landgebiete betreffenden Verträge bezog sich auf alle in irgend welcher Form abgeschlossene Verträge.

Die Entscheidungsgründe sagen hierüber:

Anlangend nun aber die rechtliche Bedeutung der fraglichen in dem gedachten §. 10 der Verordnung v. 1826 enthaltenen Vorschrift, so läßt der Wortlaut derselben, nach welchem „alle und jede eine Uebertragung von Grundeigenthum im Gebiete befassenden Verträge und Acte innerhalb vier Wochen nach deren Abschlusse bei Strafe der Nichtigkeit dem Landherrn zur Confirination vorzulegen" sind, darauf schließen, daß man bei der Abfassung des Gesetzes zunächst nur an in schriftliche Form gebrachte Verträge gedacht hat. Spätere Gesetze, nämlich §. 66 der Erbe- und Handf. Ordn. v. 1860 und §. IV des Anhanges zum letztern Gesetze, kennen mit ausdrücklichen Worten sogar überhaupt nur eine „Bestätigung der Veräußerungs-Urkunde durch den Landherrn".

Dennoch ist weder anzunehmen, daß die Bremische Gesetzgebung damit die etwa bloß mündlich abgeschlossenen Verträge der betreffenden Kategorie stillschweigend hätte für ungültig erklären wollen, noch andererseits, daß die Androhung der Nichtigkeit nur für solche Verträge gelten sollte, über welche eine Urkunde aufgenommen ist, so daß bloß mündlich abgeschlossene Verträge in Betreff ihrer Wirkung günstiger gestellt wären als schriftlich verfaßte; vielmehr ist eben ungenauer Weise bei der Wortfassung der erwähnten gesetzlichen Bestimmungen nur der thatsächlich gewöhnlichste Fall berücksichtigt, daß die Contrahenten sich zum Zwecke der vom Landhern zu erlangenden Bestätigung einer schriftlichen Redaction ihres Vertrages bedienen. Aehnlich war in §. 31 der Erbe- und Handf. Ordn. v. 1833 zunächst für die Nachsuchung der Abkündigung die Beibringung einer Abschrift „der über die Veräußerung des Immobile errichteten Urkunde" oder eines Auszuges aus derselben verlangt, sodann aber hinzugefügt, daß eine gleiche Aufgabe auch dann beizubringen sei, wenn kein besonderer schriftlicher Vertrag über die Veräußerung errichtet sein sollte: eine Inconcinnität, welche durch die Fassung des §. 28 der Erbe- und Handf. Ordn. v. 1860 ihre Abstellung gefunden hat. Es gilt also die Vorschrift des fraglichen §. 10 schlechtweg für jeden, gleichviel in welcher Form abgeschlossenen, Vertrag des dort gedachten Inhaltes.

25.

Auguste Schelle in Bremen, Klägerin, wider Hermann Schaffert daselbst, Beklagten, wegen Forderung.

Urtheil vom 18. September 1875.

Eine Schenkung wiederkehrender Leistungen bedarf der Insinuation nicht, wenn die Dauer der Leistungen auf die Lebenszeit des Schenkers oder des Beschenkten beschränkt ist.

Es heißt hierüber in den Entscheidungsgründen:

Sonach bleibt nur noch der Einwand mangelnder Insinuation

der stattgehabten Schenkung, auf welchen die zweite eventuelle Beschwerde des Beklagten gerichtet ist. Der Fall, welcher hier vorliegt ist folgender. Zwei Personen haben sich anheischig gemacht, einer Dritten jährlich soviel zuzuschießen, daß die jährliche Einnahme dieser Letzteren sich auf LRthlr. 400 beläuft Davon daß die Eine jener Personen, der Beklagte, für seine Frau ihren Beitrag auf die eigne Lebensdauer beschränkt hätte, steht in der Zuschrift vom 30. April 1857 kein Wort. Dagegen weist deren ganze Fassung darauf hin, daß der Zuschuß mit dem Leben der Schenknehmerin sein Ende nehmen solle. Letzteres wird denn auch von dem Beklagten nicht angezweifelt; er glaubt aber die Worte von l. 34, §. 4. C. de donatt. 8, 54 vel adjiciatur tempus vitae vel donatoris vel ejus qui donationem accepit dahin verstehen zu sollen, daß bei einem Uebergang der Leistungen auf die Erben des Schenkers oder des Beschenkten die Nothwendigkeit einer Insinuation ausgesprochen sei. Diese Erklärung bringt jedoch einen offenbaren Widerspruch in die Stelle, indem die vorhergehenden Worte ut intra vitam personarum stetur vel dantis vel accipientis schwerlich anders verstanden werden können als dahin: Insinuation ist unnöthig, sobald die Dauer der wiederkehrenden Gaben auf die Lebenszeit des Schenkers oder des Beschenkten beschränkt ist. Jene Ansicht ist vielmehr durch die neue Revision dieser Lehre von Bremer in

Ihering, Jahrb. Bd. 13, S. 165 bis 181

als beseitigt anzusehen, und die Freiheit von der Insinuation in einem Fall vorliegender Art ist nach den letztgedachten Worten der Stelle außer Zweifel. Es war daher nicht erforderlich auf die sehr verschiedenen Erklärungen bezw. Verbesserungen unterworfenen erstgedachten Worte der Stelle näher einzugehen; vielmehr mit dem Bemerken, daß die Erklärung, welche das Wort vitae als Dativ auffaßt, vor Allen den Vorzug haben dürfte, auch die zweite eventuelle Beschwerde zu verwerfen.

26.

August Straßburg zu Bremen, Kläger, wider Johann Vagt zu Woltmershausen, Beklagten, wegen Besitzes und Eigenthums an einem Grundstücke.

Urtheil vom 11. December 1875.

Zur Substantiirung des interdictum uti possidetis genügt Besitz zur Zeit der Klaganstellung und als Besitzstörung ein nur wörtliches Bestreiten des Besitzes.

Ein Nichteigenthümer, welcher gegen sich ein Grundstück expropriiren läßt, stört dadurch den Besitz des Eigenthümers.

Die Entscheidungsgründe führen aus:

Nach Lage der Sache war hier ein interdictum uti possidetis als genügend begründet anzusehen. Zur Substantiirung einer solchen Klage genügt die Behauptung einerseits des Besitzes zur Zeit des Proceßanfanges, andererseits einer vom Beklagten ausgegangenen Störung desselben. In ersterer Beziehung braucht der Kläger nicht etwa einzelne Thatumstände näher anzugeben, in welchen der behauptete Besitz zur Erscheinung gekommen sein soll, sondern die Berufung auf den Besitz im Allgemeinen reicht aus;

vrgl. die analoge Entscheidung bei einer auf Ersitzung gestützten dinglichen Klage in der Brem. Sache Lange ca. Hasenbühren, Septbr. 1854, Brem. Sammlg., Bd. 3, S. 371 ff.

am wenigsten bedarf es dann weiterer Specialisirung in dieser Richtung, wenn, wie im vorliegenden Falle, der Beklagte den klägerischen Besitz im ersten Verfahren nicht einmal eigentlich bestreitet. Dieser Punkt ist übrigens auch vom angefochtenen Erkenntnisse nicht anders beurtheilt worden; dagegen vermißt es jede Störung des klägerischen Besitzes abseiten des Beklagten, und in Ansehung des unter Expropriation gestellten Theiles des streitigen Grundstückes hat es sich auch deshalb für Abweisung der Klage entscheiden zu müssen geglaubt, weil sie als aufgegeben zu betrachten sei, und weil es schon feststehe, daß Kläger gegenwärtig nicht Besitzer sei.

Allein

1., für die Annahme, daß der Kläger die Besitzklage, so weit

sie sich auf das expropriirte Stück Land bezieht, habe fallen lassen, fehlt es an jedem Anhalt in den Acten.

2., Was das gegenwärtige Besitzverhältniß in Betreff des enteigneten Stückes anlangt, so heißt es in den vorigen Entscheidungsgründen, der Bremische Staat sei unbestritten längst im Besitze desselben, und der Canal (zu dessen Herstellung das Land gebraucht werden sollte) notorisch vollständig fertig. Nun ist es auch richtig, daß, wenngleich in den Parteivorträgen nicht einmal die Behauptung vorkommt, daß jetzt der Staat im Besitze des Stückes Land sei, doch diese Thatsache in dem Beweissatze des, vom Kläger nicht angefochtenen, ersten Erkenntnisses als feststehend vorausgesetzt ist, und auch abgesehen hiervon würde die Kenntniß des Obergerichts von der Vollendung des Canales als einem notorischen Umstande in Betracht kommen. Nichtsdestoweniger kann aber die Klage sehr wohl begründet sein, obwohl der Kläger jetzt nicht mehr Besitzer sein mag. Freilich wird das Gesuch, dem Beklagten die Störung des Besitzes zu untersagen, insoweit gegenstandslos, als der Kläger während des Processes den Besitz auf andere Weise als durch Eigenmacht des Beklagten verliert. Analog kommt hier zur Anwendung, was

l. 7. §. 7. D. ad exh. 10, 4.

für die actio ad exhibendum ausspricht. Allein ganz abgesehen davon, daß das erwähnte Petitum in concreto nicht das einzige auf den behaupteten Besitz gestützte Klaggesuch ist, sondern der Kläger außerdem auch unter Berufung auf seinen Besitz darum gebeten hat, das Gericht möge seinen im Expropriationsverfahren erhobenen Widerspruch bestätigen, so ist es doch gewiß, daß ein Beklagter, der während des Rechtsstreites durch Besitzstörung den klagenden Besitzer in Schaden gebracht hat, hierfür Ersatz leisten muß, selbst wenn anfänglich das Gesuch des letzteren hierauf sich nicht erstreckt haben sollte. Ob nun ein solches Verhalten des Beklagten hier stattgefunden hat, wird weiterhin zur Erörterung kommen; zunächst ist nur festzustellen, daß unter dieser Voraussetzung es für die Aufrechthaltung der Klage genügen würde, daß Kläger zur Zeit des Proceßanfanges Besitzer gewesen wäre.

§. 4 in f. J. de interd. 4, 15.

Und zwar kommt es dabei, genauer zu reden, jedenfalls nach

heutigem Rechte, obschon es in den Institutionen „litis contestatae tempore“ heißt, nicht auf den Zeitpunkt der Litiscontestation, sondern auf den der Klagbehändigung an. Dies entspricht nicht nur der Ansicht derjenigen, welche überhaupt alle Wirkungen des Proceßanfanges, oder doch die dem Kläger günstigen auf die Zeit der Klagbehändigung verlegen, wie

Kierulff, gem. Civilr. Bd. 1, S. 281 ff.,
v. Savigny, System, Bd. 6, S. 240 ff.,
Wetzell, Civilproc. Aufl. 2, §. 14, S. 119 ff.,

sondern auch solcher, welche hier noch weiter unterscheiden, wie z. B.

Windscheid, Pandektenr. Bd. 1, Aufl. 4, §. 126, S. 371 ff.

Da nun in den Akten durchaus kein Grund für die Annahme liegt, daß schon zur Zeit der Klagbehändigung, d. h. am 29. Febr. 1872, der Bremische Staat das enteignete Stück besessen habe, so ist insoweit nicht abzusehen, weshalb der Kläger nicht wenigstens zum Beweise seiner Behauptung, daß er damals im Besitze gewesen sei, zugelassen werden sollte.

3., Das Erforderniß der Besitzstörung wird von dem Obergericht in einem zu engen Sinne verstanden, wenn die Zulassung der possessorischen Klage von einem körperlichen Eingriffe des Beklagten in den Besitz des Klägers abhängig gemacht wird; es genügt vielmehr sogar jedes bloße Bestreiten des Besitzes. Denn nach

§. 8 in f. I. de interd. 4,15

muß angenommen werden, daß, da das interdictum uti possidetis des classischen Römischen Rechtes principaliter auf Unterlassung zukünftiger Eingriffe („vim fieri veto“), nicht etwa auf Ausgleichung schon begangener, gerichtet war, auch noch der entsprechenden Klage des Justinianischen Rechtes dieselbe Natur zukomme.

Vrgl. Bruns, Besitzklagen, S, 48 ff., gegen seine eigne frühere Lehre, Recht des Besitzes, S. 50 ff.

Es muß also nur irgend eine ausreichende Veranlassung vorliegen, thatsächliche Eingriffe in den klägerischen Besitz von den Beklagten befürchten zu können, und eine solche ist schon in einer wörtlichen Bestreitung des Besitzes gegeben. Diese Auffassung des interdictum retinendae possessionis ist auch nicht nur in der heutigen Praxis die durchaus vorherrschende,

vrgl. z. B. Seuffert, Arch. Bd. 17, Nr. 45; Bd. 21, Nr. 124;

sondern insbesondere hat sich auch das hiesige Ober-Appellations-

Gericht, und zwar gerade nach Bremen hin, schon früher für dieselbe ausgesprochen in der Sache

Hieronymi Wwe. ca. Staatsanwalt, Janr. 1843, Br. Samml., Bd. 1, S. 10 u. Seuffert, Arch. Bd. 9, Nr. 33.

Nun ist in concreto freilich klägerischerseits in Beziehung auf das nicht expropriirte Stück nicht behauptet, daß Beklagter jemals vor Anstellung der Klage den Besitz des Klägers auch nur wörtlich bestritten habe, ja, wie oben schon angeführt, kommt, genau genommen, nicht einmal in diesen Proceßacten eine solche Bestreitung vor. In der That liegt die Sache auch so, daß, wenn es sich allein um diesen Theil des streitigen Grundstückes handelte, die Klage in dieser Hinsicht nicht als gehörig substantiirt erscheinen würde. Es wäre jedoch ganz unrichtig, wenn man in der Frage der Besitzstörung zwischen den beiden Theilen des Grundstückes unterscheiden wollte; denn bis zur vollzogenen Expropriation haben eben beide Theile zusammen nur ein Grundstück gebildet, und falls der Beklagte durch das von ihm der Enteignung gegenüber beobachtete Verhalten den Kläger im Besitze des expropriirten Theiles gestört haben sollte, so würde er ihn damit eben so wohl im Besitze des ganzen Grundstückes gestört haben, so daß nunmehr auch in Betreff des nicht enteigneten Theiles das interdictum uti possidetis begründet wäre.

Anlangend nun aber das unter Expropriation gestellte Stück, so liegt der Eingriff des Beklagten in den klägerischen Besitz, falls letzterer bewiesen werden sollte, bereits liquid vor. Das angefochtene Erkenntniß äußert sich in diesem Punkte dahin, höchstens würde der Bremische Staat für diejenige Person gelten können, welche thatsächlich des Klägers Besitz gestört und aufgehoben hätte. Dem konnte jedoch nicht beigetreten werden. Zwar könnte der Bremische Staat denkbarer Weise — wofür jedoch nicht das Geringste vorliegt — ebenfalls den Besitz des Klägers verletzt haben, wenn er nämlich dem letztern, der gutwillig das expropriirte Land nicht hätte hergeben wollen, statt gegen ihn auf Grund des ihm, dem Staate, verabfolgten Ueberweisungsprotokolles (vgl. §. 38 des Expr.-Gesetzes von 1843) die Vindication anzustellen, eigenmächtig den Besitz entzogen hätte; aber nichtsdestoweniger ist es gewiß, daß jedenfalls vor Allem der Beklagte, den Besitz des Klägers voraus-

gesetzt, sich eine Störung desselben hat zu Schulden kommen lassen. Zunächst hat der Kläger durch Bezugnahme auf die Akten des Erbe- und Handfestenamtes nicht nur behauptet, sondern sogar auch schon, da die Richtigkeit des betreffenden Protokolles vom Beklagten nicht angegriffen worden ist, mit Ausschluß des Gegenbeweises dargethan, daß der Beklagte durch seinen Anwalt Dr. Wilckens im Termine vom 16. Febr. 1872 den Besitz des Klägers an dem unter Expropriation gestellten Stücke Landes wörtlich bestritten hat. Das ist nun freilich an sich nur für eine auf Unterlassung künftiger Störungen gerichtete Klage von Bedeutung, und daher, wenn dieses Petitum so weit wegfällt, als während des Rechtsstreites nach dem Zeugnisse des Obergerichts der Besitz notorisch auf den Bremischen Staat übergegangen ist, in concreto nur noch für die den nicht expropriirten Theil des Grundstückes betreffende Besitzklage. Aber außerdem steht aktenmäßig fest, daß der Beklagte ungeachtet des vom Kläger auf Grund seines angeblichen Eigenthums und Besitzes erhobenen Widerspruches nicht nur vor, sondern auch noch nach dem Anfange dieses Processes die Rolle des Expropriaten in Beziehung auf das fragliche Grundstück zu behaupten fortgefahren hat. Hierin würde nun aber eine Störung des klägerischen Besitzes von der Art zu finden sein, welche zwischen einer bloß wörtlichen Bestreitung und einem körperlichen Eingriffe in der Mitte liegt. Zwar hebt das Obergericht mit Recht hervor, daß es sich bei der Expropriation an sich überhaupt nicht um Besitz, sondern um Eigenthum handelt;

vgl. Expropriations-Gesetz §§. 1, 30, 34, 35,

und die Einwendung des Klägers, welche hergenommen ist von einem Grundstücke, an welchem etwa nur Jemand bonae fidei possessio, aber Niemand Eigenthum nachweisen könnte, trifft nicht zu. Denn allerdings ist es gewiß, daß außer dem Eigenthume auch andere dingliche Rechte oder, um mit dem Expropriations-Gesetz §. 1 zu reden, „auf Grundeigenthum sich beziehende Gerechtsame", zu denen eben die bonae fidei possessio gehört, Gegenstand der Enteignung sein können; aber hieraus folgt Nichts für den bloßen Besitz als solchen, dem die Eigenschaft eines Rechtes an der Sache eben nicht zukommt. Dennoch stellt sich das Auftreten Jemandes als Expropriaten deshalb als Eingriff nicht nur in das

Eigenthumsrecht eines von ihm verschiedenen Eigenthümers, sondern auch in den Besitz eines von ihm verschiedenen Besitzers dar, weil nach Bremischem Rechte das zwischen dem Enteigner und einem Nichteigenthümer durchgeführte Expropriationsverfahren auch dem wahren Eigenthümer gegenüber Geltung hat. Letzteres folgt, trotz aller inneren Bedenken, die sich dagegen aufdrängen mögen, daraus, daß nach §. 38 des Expropriations=Gesetzes die Verabfolgung des Ueberweisungsprotokolles an den Erwerber die nämliche Wirkung hat, welche bei öffentlichen Verkäufen die Ertheilung des Zuschlags=protokolles mit sich führt. Nun verschaffte aber die letztere, eben so wie bei Veräußerungen unter der Hand die ordnungsmäßige Lassung, bereits nach der Erbe= und Handfesten=Ordnung von 1833, §. 17, wie jetzt nach der von 1860, §. 13, Abs. 1 dem Erwerber „das Eigenthum und vollkommene Sicherheit", und zwar „unbedingt", also auch ohne Rücksicht darauf, ob der Veräußerer Eigenthümer war oder nicht. Mit dieser Wirkung der Aushändigung des Ueberweisungsprotokolles stimmt auch völlig der Umstand, daß es in dem Expropriations=Gesetze an jeder Andeutung eines etwa gegen den nachträglich festgestellten wahren Eigenthümer zu wiederholenden Enteignungsverfahrens fehlt.

Gilt nun aber das Expropriationsverfahren auch demjenigen Eigenthümer gegenüber, an dessen Stelle gegen seinen Willen ein Anderer die Rolle des Expropriaten durchgeführt hat, so muß einleuchten, daß eben deshalb ein Nichtbesitzer, der Eigenthümer zu sein behauptet und sich als solcher expropriiren läßt, einen Eingriff in den Besitz des besitzenden Eigenthumsprätendenten begeht. Denn letzterer muß nun, da durch die Ueberweisung der Expropriant unter jeder Voraussetzung das Eigenthum erworben hat, diesem auf Verlangen den Besitz überlassen und büßt die Stellung des Beklagten für den Eigenthumsstreit zwischen sich und dem Expropriaten ein, die er als Besitzer eingenommen haben würde, indem er nun vielmehr als Profitent, so weit er sich dabei auf Eigenthum stützt, dem Expropriaten gegenüber den Beweis dieses Eigenthums übernehmen muß. Der Expropriat hat also dadurch, daß er statt vorgängig gegen den Besitzer als Vindicant aufzutreten, ohne Weiteres das Enteignungsverfahren gegen sich durchführen ließ, Jenen, ohne einen körperlichen Eingriff in den Besitz desselben zu begehen, doch

um einen der wesentlichsten Vortheile des Besitzes gebracht: und natürlich wird diese Besitzesstörung auch durch die Auctorität der das Enteignungsverfahren leitenden Behörde nicht gedeckt, da dieser nicht die Befugniß zustehen kann, die Vortheile des Besitzes von dem einen Eigenthumsprätendenten auf den andern zu übertragen.

Hieraus folgt, daß der Expropriat für diesen Eingriff jedenfalls dann schadensersatzpflichtig ist, wenn er sich desselben, wie hier der Fall sein würde, nach angestellter Besitzklage schuldig gemacht hat. Es ergiebt sich übrigens auch, daß dieser Schadensersatz in der Regel gerade dadurch vollständig geleistet wird, daß der Expropriat seinerseits die Beweispflicht in Betreff des Eigenthums übernehme, und daß also einer solchen Besitzklage gegenüber jedenfalls mit Recht dem Beklagten der Beweis seiner Einrede, daß er aber Eigenthümer sei, nachgelassen wird. Dieses Ergebnis läßt sich auch so ausdrücken: der Widerspruch gegen die Expropriation ist auch auf Grund bloßen Besitzes zulässig, jedoch unter Vorbehalt des Eigenthumsbeweises für den Gegner. Von den gleichen Gesichtspunkten ist übrigens das Ober-Apppellations-Gericht bereits bei Entscheidung der

Brem. S. Knochenhaueramt ca. Handelskammer u. Staat, causa I. Apr. 1863, Brem. Samml. Bd. 5, S. 169 ff.,

ausgegangen.

Nach diesen Ausführungen hat also das Obergericht in revisorio mit Unrecht die Besitzklage abgewiesen.

27.

Heinrich Ludwig Fischer zu Bremen, Implorant, betr. Arrogation der Wilhelmine Margar. Joh. Hartmann.

Urtheil vom 25. Januar 1876.

Der Implorant, 37 Jahre alt, welcher mit seiner 40 Jahre alten Ehefrau zwei Kinder, von denen eins noch am Leben, erzeugt hat, hat die Bestätigung der Arrogation eines 14 Jahre alten unehelichen, in seinem Hause lebenden Kindes seiner Frau nachgesucht.

Die Pupillen-Commission und das Obergericht zu Bremen versagten die Bestätigung, wobei letzteres erwog:

„daß im vorliegenden Falle, in welchem der Beschwerdeführer Fischer aus einer bestehenden Ehe nicht nur ein eheliches Kind besitzt, sondern auch die nach seinem und seiner Ehefrau Alter berechtigte Hoffnung hegt, daß ihm aus derselben noch ferner Kinder entstehen werden, nach den bestimmten Vorschriften der l. 17 §. 3 und l. 15 §. 2 Dig. de adoptionibus 1, 7, die nachgesuchte Arrogation nur ex justa causa d. h. aus erheblichen Gründen gestattet werden dürfte,

daß nun aber alles dasjenige, was als solche erhebliche Gründe von den Beschwerdeführern geltend gemacht wird, sich theils ebenso wohl ohne die beabsichtigte Arrogation erreichen läßt, theils von derselben gar nicht bewirkt werden kann, theils endlich, soweit es anerkannt werden muß, gerade durch das auf der anderen Seite nach gesetzlicher Bestimmung zu berücksichtigende Interesse der ehelichen Descendenz des Arrogators (cfr. l. 17 §. 2, l. c.) aufgewogen wird,

daß nämlich in diesen Beziehungen der dem zu arrogirenden Kinde anklebende Mangel der unehelichen Geburt durch die Arrogation nicht zu heben ist,

daß die sorgsame Pflege und Aufnahme des Kindes in die Familiengemeinschaft des Arrogators nicht von der Genehmigung der Arrogation thatsächlich abhängig ist, sondern auch ohne solche von dem Beschwerdeführer Fischer gewährt werden kann,

daß endlich das berechtigte Interesse der ehelichen Descendenz des Fischer stets durch die Arrogation und die dadurch hervorgerufene Vermehrung der Theilungsberechtigten geschädigt wird, daß diese letztere Rücksichtnahme auch durch die Geringfügigkeit des Vermögens des Arrogators nicht beseitigt wird, indem abgesehen davon, daß diese Geringfügigkeit auch das Interesse der zu arrogirenden Person an der Arrogation geringer erscheinen läßt, doch nicht verkannt werden kann, daß bei schon vorhandenen geringen Erwartungen deren Schmälerung durch Begründung fernerer

Theilungsansprüche doppelt gegen die Interessen des ehelichen Erbberechtigten sprechen würde,

daß jedoch selbst zugestanden, daß auch ohne Arrogation der Beschwerdeführer Fischer durch irgend welche Rechtsakte zu Gunsten des zu arrogirenden Kindes eine gleiche Schmälerung der Ansprüche seiner Descendenz hervorrufen könnte, dennoch stets der erhebliche Unterschied vorhanden wäre, daß im Falle einer Arrogation der arrogirten Person unentziehbare und vom ferneren Wohlwollen und Willen des Arrogators unabhängige Recht entstehen würden, wie sie ohne Arrogation der Descendenz des Beschwerdeführers Fischer wenigstens nicht nothwendig drohen oder vielleicht später sich beseitigen lassen,

daß somit durch die beabsichtigte Arrogation die Lage des oder der ehelichen Kinder des Fischer sich jedenfalls nachtheiliger gestalten würde,

daß somit irgend erhebliche für die Arrogation der Sophie Johanne Hartmann durch den Beschwerdeführer sprechende Gründe nicht vorliegen oder durch die entgegenstehenden Interessen anderer Personen wenigstens wesentlich geschwächt werden."

Das Ober-Appellations-Gericht hob das Urtheil des Obergerichts mit folgenden Erwägungen auf:

Sodann kommt die Frage in Betracht, ob die Voraussetzungen der Arrogation vorhanden sind.

Anlangend nun zunächst die von Ulpian in

l. 15. §. 2 D. de adopt, 1, 7.

genannte Voraussetzung des sechszigjährigen Alters, von welchem der Implorant noch um 23 Jahre entfernt ist, so kann es dahin gestellt bleiben, ob die desfallsige Vorschrift auf römischen Eigenthümlichkeiten beruht, welche in Deutschland nicht zutreffen. Denn von der noch jetzt festzuhaltenden Regel sind schon bei den Römern Ausnahmen zugelassen, und eine derselben, welche hier analog zutrifft, lautet: „si conjunctam sibi personam velit adoptare." Denn mag auch meistens dieser Ausdruck auf Verwandte Bezug haben, so hindert doch nichts, ihn auf den ersten Grad der Ver-

schwägerung auszudehnen. Diese Ausdehnung empfiehlt sich umsomehr, als durch sie ein für die ganze Familie Fischer sehr wichtiges sittliches Bedürfniß in allseitigem Einverständniß erfüllt wird. Nicht bloß für die Gatten, sondern auch für ihr Kind und die Kinder, welche sie etwa später noch erzielen sollten, muß es sich als äußerst wünschenswerth herausstellen, daß die in dem Hause befindliche jetzt zu arrogirende etwa vierzehnjährige Tochter als das Kind beider Fischer'schen Eheleute in der äußeren Erscheinung auftritt. Dieses Postulat der Sittlichkeit ist so hoch anzuschlagen, daß dagegen auch das zweite Moment, an welches die Statthaftigkeit der Adoption in

l. 17. §. 3. D. de adopt. 1, 7.

geknüpft ist, mehr in den Hintergrund tritt.

Es betrifft die Verminderung der Vermögensaussichten der leiblichen Kinder durch den Zutritt des zu arrogirenden Kindes. Zwar kann dieser Gesichtspunkt durch den von Fischer mit den Vormündern der Sophie Johanne Hartmann geschlossenen Erbvertrag nicht für beseitigt angesehen werden. Denn wenn auch der Vater über den nach Bremischem Rechte zu seiner Verfügung ausschließlich stehenden Kopftheil zu Gunsten der vorehelichen Tochter seiner Frau verfügt hat, so fällt doch zufolge jenes Vertrages dessen Inhalt, sobald die Arrogation zu Stande kommt, über den Haufen; und es steht ihm immer noch frei, über den gedachten verringerten Kopftheil zu verfügen, also seinen leiblichen Kindern ihn zu entziehen. Dieser Mißstand ließe sich entweder auf dem Wege beseitigen, daß der Vater zu Gunsten seiner Kinder auch auf seinen Kopftheil Verzicht leistete, oder daß die Vormünder der zu arrogirenden Hartmann für diese gegen Uebertragung des dem Imploranten als Vater zustehenden Kopftheils auf deren dereinstigen gesetzlichen Kindestheil verzichteten. Da nun der Implorant sich hiezu pag. 9, 10 der Einführung und Rechtfertigung verbis:

„Implorant ist bereit, rechtsverbindlich zu ernennenden Vormündern seiner Kinder gegenüber auf diese Dispositionsbefugniß zu verzichten, oder es sind auch die Vormünder von Sophie Johanne Hartmann bereit, für ihre Pupillen auf das gesetzliche Erbrecht, welches durch die Arrogation entstehen würde, zu ver-

zichten, gegen Fortdauer des im Artikel 1 des Erbvertrags stipulirten vertragsmäßigen Erbrechts. In der oder in anderer Weise würde auch dieses Bedenken .... zu erledigen sein"
der Sache nach erboten hat, und es angemessen erscheinen mußte, für das oder die leiblichen Kinder jeden ihnen etwa aus der Arrogation bevorstehenden Vermögensnachtheil vor deren Bestätigung abzuwenden, so war, im Beihalt der eventuellen Beschwerde die Sache zunächst zur weiteren Instruction in obgedachter Richtung an die Pupillencommission zurück zu verweisen.

28

Dr. Julius Seeger, Kläger, wider Dr. Johannes Bartholomäus Ulrichs, Beklagten, Forderung betr.

Urtheil vom 19. Februar 1876.

Voraussetzungen der actio negotiorum gestorum directa.

Einrede des Beklagten, im Auftrage eines Dritten gehandelt zu haben.

Die Entscheidungsgründe führen aus:

Für die Beurtheilung der von beiden Theilen in gegenwärtiger Instanz aufgestellten Beschwerden kommt es zunächst darauf an, darzulegen, was in den Akten feststeht, und worüber unter den Parteien noch gestritten wird. Einverständniß ist über folgende Punkte:

1., Der Bekagte hat die Unterschrift des Klägers unter einer Obligation, in welcher sich dieser als Schuldner der Vormünder von Alb. Meyer zum Betrag von Ldr.-Thlr. 7000 — oder Reichsmark 23,250 — unter Versatz von ersten Handfesten gleicher Höhe in dem Immobile des Klägers Alarmstraße No. 1, 2, 3 bekannt hat, als Notar beglaubigt.

2., Zwei dieser Handfesten, jede zur Höhe von Ldr.-Thlr. 2500, waren früher von dem Kläger als Versatz für zwei Darlehnsobligationen des Klägers von gleichem Betrage, in Bezug auf welche Dr. Setzer die selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen hatte,

in den Händen der betreffenden Gläubiger, von denen der eine Tournier ist.

3., Der Beklagte hat die von dem Kläger für Meyer Vorm. vollzogene Obligation nebst einem von ihm, dem Beklagten, in eignem Namen ausgestellten Verpflichtungsschein über die Nachlieferung der Handfesten, den Gläubigern gegen Auszahlung der ganzen Darlehnssumme eingehändigt.

4., Von dieser Summe sind durch den Kläger an Dr. Setzer Ldr.-Thlr. 5000 gegen dessen Auslieferung der in den Händen der früheren Gläubiger befindlichen Handfesten gezahlt, Ldr.-Thlr. 2000 direct an den Kläger ausgekehrt, und sämmtliche Handfesten den neuen Gläubigern zur Tilgung des Verpflichtungsscheins ausgeliefert worden.

5., Dr. Setzer hatte sich die dem Beklagten gegen Bezahlung von Ldr.-Thlr. 2500 gegebene Handfeste für die dem Tournier ausgestellte Obligation von diesem ohne die letztere zu verschaffen gewußt, das empfangene Geld aber an diesen Gläubiger zur Tilgung seiner Obligation nicht abgeliefert; Tournier ist wider Seeger desfalls klagbar geworden, hat die Verurtheilung des Letzteren in Capital, Zinsen und Kosten mittelst eines Rechtsstreits, in welchem dem Dr. Ulrichs der Streit verkündet worden, erwirkt, und Kläger verlangt nunmehr von dem Beklagten die Wiederbezahlung der aus dem Judicat gezahlten Summen.

Der Kläger befindet sich aber mit dem Beklagten über folgende Thatsachen in Widerspruch:

a., In der Klagschrift giebt Kläger an, er habe den Beklagten beauftragt gegen Aushändigung der Obligation und eines Reverses über die Einlieferung der Handfesten das Capital von den Darleihern, Meyer Vormündern, in Empfang zu nehmen, und mit dem Gelde die Forderungen der bisherigen handfestarischen Creditoren insbesondere die des Tournier zum Betrage von Ldr.-Thlr. 2500 auszuzahlen, den Rest aber ihm dem Kläger auszukehren.

b., Beklagter dagegen behauptet, Dr. Setzer habe ihm mitgetheilt, es sei ihm gelungen, auf die Häuser in der Alarmstraße von Meyer Vormündern 7000 Ldr.-Thlr. anzuleihen, er habe demnach die früheren 5000 gekündigt, und Dr. Ulrichs möge Reichsmark 7000 nachwilligen lassen, zu welchem Zweck er ihm

die Lassungsurkunde und eine Blancovollmacht Seeger's aushändige. Dieser werde demnächst zu Ulrichs kommen, die Obligation über Reichsmark 23,250 zu Gunsten von Meyer Vormündern zeichnen, und diese würden gegen die Obligation und den üblichen Verpflichtungsschein zur Nachlieferung der Handfesten an Ulrichs die gedachte Summe zahlen. Von solcher bekomme er, Setzer, Ldr.-Thlr. 5000 zur Einlösung der versetzten Handfesten, der Rest sei an Seeger abzuliefern. Seeger sei nun zu dem Beklagten gekommen und habe gezeichnet, auch dabei das von Setzer Gesagte allen Inhalts bestätigt, er Ulrichs sei demgemäß durchgängig verfahren, und leugne daher von dem Kläger Seeger einen Auftrag erhalten zu haben, am wenigsten den, sich von Tournier Obligation und Handfeste ausliefern zu lassen.

Das Obergericht hat nun mittelst Erkenntnisses vom 15. März 1875 dem Kläger den unter a angegebenen Inhalt seines Auftrags zum Beweise verstellt, indem es dem Beklagten den Gegenbeweis auch dahin nachläßt, daß Kläger sich mit der Einhändigung der Summen zur Tilgung seiner früheren Handfesten-Schulden an Setzer einverstanden erklärt habe, und in den Gründen hervorhebt, der Beweis des Erhebungsauftrags von Seiten des Klägers an den Beklagten sei in der von diesem behaupteten Zustimmung zu den Setzer'schen Mittheilungen zu finden, müsse jedoch gleichwohl von dem Kläger noch bewiesen werden, weil der Erhebungsauftrag mit dem Verwendungsauftrag ein Ganzes bilde, und Kläger nach §. 165 der Gerichts-Ordnung nicht befugt sei, den ersteren für sich geltend zu machen und den zweiten abzulehnen, da beide auf dem Zugeständniß des Beklagten beruhten. In der Revisionsinstanz dagegen ist der Beschwerde des Klägers, soweit das Kapital von Ldr.-Thlr. 2500 in Frage kommt, entsprochen, weil, wenn Beklagter gegen das Schulddocument des Klägers das Geld von den Darleihern erhoben habe, es für ihn unmöglich gewesen sei, bei Vollziehung dieses Realcontractes für eine andere Person zu handeln als für den Kläger, es mithin auf dessen Auftrag nicht ankomme und §. 165 keine Anwendung finde, indem bereits in der Annahme des Darlehns für den Kläger, die Verpflichtung des Beklagten zur Auskehrung des Geldes enthalten sei.

Dem gegenüber macht der Beklagte in jetziger Instanz geltend,

er habe beim Abschluß des Darlehnscontractes überall nicht anders als in der Weise concurrirt, daß er die Unterschrift von Seeger beglaubigt habe; Alles, was er sonst, auch mit der von ihm beglaubigten Urkunde, vorgenommen, sei im Auftrag von Setzer geschehen: nur dessen Weisungen seien von ihm befolgt, und wenn in deren Bestätigung durch Seeger der Auftrag dieses letzteren gefunden werde, so müsse auch der §. 165 zur Anwendung kommen.

Dieser Auffassung war jedoch nicht beizupflichten. Den Gründen zum zweiten Erkenntniß des Obergerichts mußte folgender Gedanke beigemessen werden.

Die Darleiher, indem sie gegen Empfang der Obligation und Revers des Ueberbringers, betreffend die Nachlieferung der Handfesten, diesem das Geld auszahlten, konnten nur die Absicht haben, es dem Repräsentanten ihres in der Obligation bezeichneten Schuldners und damit diesem selbst zu zahlen. In der Obligation liegt die Quittung über den Empfang des Geldes, und wer sie producirt, ist damit für deren Aussteller legitimirt. Auf die Absicht des Ueberbringers, das Geld für sich zu behalten oder es zur Verfügung eines Dritten zu halten, kommt es nicht an. Hiemit ist aber der Gesichtspunkt angedeutet, welcher zur Beseitigung des klägerischen Beweises führt. Dieser Gesichtspunkt ist der einer Geschäftsführung ohne Auftrag. Wie auch immer der Auftrag des Dr. Setzer an den Beklagten gelautet haben mag, sobald der Beklagte die Obligation des Schuldners zwecks Empfangnahme des Darlehns abseiten der Gläubiger diesen producirte, so vollführte er, indem er das Geld in Empfang nahm, zweifellos ein negotium des Schuldners, und ist diesem als Geschäftsherrn verpflichtet, das Empfangene ohne weiteres auszukehren, er könnte sich denn durch den Beweis, daß er das Empfangene ganz oder theilweise für den Schuldner verwendet habe, von der übernommenen Verbindlichkeit befreien.

Vgl. B. Droste ca. Otto, 29. Mai 1830.

und die daselbst pag. 15 bis 18 der Gründe in Bezug genommenen Quellen-Stellen,

pr. §. 4. J. de mandati 3, 27.

l. 5, §. 1. l. 6. §. 2 bis 4. D. de neg. gest. 3, 5.

l. 14. C. eod. 2. 19.

Auch liegt hier offensichtlich nicht etwa der bei

Windscheid, Pand. 3. A. §. 431. not. 5.

in Bezug genommene Fall vor, daß der Geschäftsführer lediglich in Hinblick auf den ertheilten Auftrag gehandelt hätte, weil es in dem von dem Beklagten angegebenen Sachverhalt an hiefür ausreichenden Thatumständen fehlt, deren Beweis übrigens nicht den Kläger sondern den Beklagten getroffen haben würde. Es war daher unnöthig, sich hier darüber zu entscheiden, ob in einem derartigen Fall die Klage aus der Geschäftsführung ausgeschlossen sei, und welche Erklärung die a. a. O. bezeichneten Stellen insbesondere

l. 22. §. 10. D. mandati. 17, 1

zu finden haben.

Ist es sonach, und ohne daß es erforderlich wäre, von dem Geständniß des Beklagten irgendwie Gebrauch zu machen, liquide, daß der Beklagte wissentlich ein Geschäft vorgenommen hat, welches objectiv ein Geschäft des Klägers war, nämlich die Empfangnahme der Summe, über welche der Kläger in der für Meyer Vormünder ausgestellten Obligation quittirt hatte gegen Behändigung derselben abseiten des Beklagten, und kommt sonach auf das subjective Verhalten desselben bei gedachter Empfangnahme überall nichts an, so ist mit diesem Gesichtspunkt zugleich die Nothwendigkeit gegeben, das Revisionserkenntniß in Betreff des dem Kläger in Ansehung der Zinsen und der Proceßkosten auferlegten Beweises abzuändern.

Die Trennung, welche hier zwischen dem Kapital auf der einen und den an Tournier bezahlten Zinsen und Kosten auf der andern Seite gemacht ist, und damit motivirt wird, daß in der Klage zwischen Kapital und Schadensforderung nicht unterschieden sei, die Scheidung des ersteren von der Schadensforderung vielmehr erst in der Replik hervortrete, findet in dieser keinen genügenden Anhalt. Und damit fällt auch die aus dieser Scheidung gezogene Folgerung, daß es im Betreff des Kapitals keines klägerischen Beweises, wohl aber eines solchen hinsichtlich der Zinsen und Kosten bedürfe. Vielmehr wird dieses Alles beseitigt durch den obgedachten Gesichtspunkt einer Geschäftsführung ohne Auftrag als Grundlage für die Beurtheilung des ganzen Sachverhältnisses.

Die dem Geschäftsherrn zustehende Klage aus der Geschäftsführung ohne Auftrag ist in einem Falle der vorliegenden Art gerichtet auf Herausgabe dessen, was der Geschäftsführer für den Geschäftsherrn empfangen hat, daneben aber zugleich auf Ersatz

eines jeden selbst durch geringe Versehen des Geschäftsführers herbeigeführten Schadens.

Vgl. besonders l. 6, §. 12. D. de neg. gest. 3, 5.

Als ein solches Versehen muß es aber bezeichnet werden, wenn der Geschäftsführer das für den Geschäftsherrn empfangene Geld einem Andern zahlt als diesem, bezw. seinem Vertreter, oder einem Gläubiger, welcher aus der empfangenen Summe zu befriedigen war; und zwar dem Letzteren selbstverständlich nur gegen gehörige Quittirung der Obligation, wie deren und der dafür verpfändeten Handfeste Herausgabe. Nun hat aber in dem vorliegenden Fall der Beklagte als Geschäftsführer nicht gezahlt dem alten Gläubiger gegen Quittirung der Obligation und Herausgabe der Handfeste; er hat auch nicht gezahlt dem Geschäftsherrn und Schuldner; er hat endlich auch nicht gezahlt dessen Vertreter, sondern nur seinem angeblichen Auftraggeber, einer Person, in Bezug auf welche der Schuldner abgeleugnet hat, daß ihr seine Vertretung zustehe, und zwar gegen Empfang der Handfeste allein und ohne Quittirung der Obligation. Eine derartige Handlungsweise wird aber erst dann als schuldfrei angesehen werden dürfen, wenn der Beklagte den Beweis der Vertretung führt. Bis dahin hat er jeden durch dieses sein Verschulden herbeigeführten Schaden zu ersetzen; und daß hieher der an Tournier gezahlte Betrag für Zinsen und Proceßkosten gehört, bedarf keiner weiteren Ausführung, da von Seiten des Beklagten in Bezug auf den Rechtsstreit mit Tournier eine unnöthige oder fehlerhafte Proceßführung dem Kläger nicht zur Last gelegt ist.

29.

Christoph Falkenburg zu Verden für sich und als Vertreter seiner unmündigen Tochter Gesine Gertrude Lucie Catharine, Kläger, wider Johann Heinrich Werner Frese und Genossen, Beklagte, wegen Erbberechtigung.

Urtheil vom 12. April 1876.

Nach Bremischem Rechte haben unabgeschichtete Kinder sowohl an der Sammtgutsquote der Beisitzwittwe als auch an den derselben durch den Tod unabgetheilter Kinder nach Schoßfallsrecht zugefallenen Sammtgutsquoten weder ein statutarisches Kopftheilsrecht noch ein römisches Pflichttheilsrecht.

Die Entscheidungsgründe führen aus:

Von den Beschwerden des Klägers stellte sich die zweite im Verhältniß zur ersten als ein reines Minus dar, indem letztere Anerkennung eines statutarischen Kopftheilsrechtes, eventuell eines Römischen Pflichttheilsrechtes der klägerischen Tochter an dem ganzen Nachlasse der Wittwe Frese, jene aber nur an diesem Nachlasse außer dem der Erblasserin von dem Frese'schen Sammtgute zuständigen einen Kopftheile verlangt. Die zweite Beschwerde ist daher ohne Zweifel nur als eventuelle zu verstehen, obwohl dies nicht ausdrücklich gesagt ist.

— — — — — — — — — — — — — —

Vor Allem kann darüber kein Zweifel sein, daß das ursprüngliche eigene Kopftheil der Wittwe Frese von dem Frese'schen ehelichen Sammtgute keinerlei Pflichttheilsrechte der aus der fraglichen Ehe stammenden Descendenten unterlag. Dies entspricht überhaupt dem Geiste derjenigen deutschen Rechte, welche für den Fall des Todes eines Ehegatten das beiderseitige Vermögen in eine einzige Masse zusammen werfen, die dann nach ideellen Quoten zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern getheilt ist: wie hier einerseits die Kinder auch von dem Vermögen ihres noch lebenden Parens schon eine Quote miterhalten, so wird es dabei andererseits für billig erachtet, daß dieser für seine Quote des Gesammtvermögens von jeder Verfügungsbeschränkung zu Gunsten derselben Kinder frei sei. Eine weitere Ausführung nach dieser Richtung hin ist jedoch überflüssig, da speciell in Bremen das Recht der Beisitzwittwe, über ihr Kopftheil unbeschränkt letztwillig zu verfügen, nie bezweifelt worden ist. Es genügt hierfür auf die

Entscheidungsgründe des angefochtenen Erkenntnisses S. 7 ff., in Beihalt derer des ersten Erkenntnisses S. 7 zu verweisen.

Ferner bedarf es aber auch keiner weitläufigen Erörterung darüber, daß von einem Kopftheilsrechte der klägerischen Tochter an dem Nachlasse ihrer Großmutter auch abgesehen von dem eigenen Sammtguts-Kopftheil dieser letztern nicht die Rede sein, sondern daß insoweit höchstens noch das Römische Pflichttheilsrecht in Frage stehen kann. Denn dies hat das Ober-Appellations-Gericht bereits, entgegen der Meinung mancher Bremischen Juristen, dargelegt in der auch vom Obergericht bereits angeführten Sache

Rauch, März 1874, S. 12—24 der Entsch.-Gründe,

während Kläger es an neuen Gegengründen durchaus hat fehlen lassen. Wo es sich übrigens, wie hier, um die Beerbung einer Frau handelt, da ist wo möglich noch weniger Grund für die Annahme jenes Kopftheilsrechtes ersichtlich, als in Beziehung auf den Nachlaß eines Mannes, weil Stat. 10, welches den einzigen schwachen gesetzlichen Anhalt für dieselbe hat gewähren müssen, jedenfalls nur von dem Umfange der Dispositionsbefugniß eines Mannes redet.

Wenn also insoweit das angefochtene Erkenntniß unbedenklich zu bestätigen war, so blieb nur noch zu prüfen die zweite Beschwerde in ihrer eventuellen Richtung, mit andern Worten die Frage, ob das erste oder das Revisions-Erkenntniß den Vorzug verdiene. Hier mußte sich das Ober-Appellations-Gericht für die zweite Alternative entscheiden, gelangte mithin zu einer vollständigen Zurückweisung der Appellation des Klägers.

Es handelte sich darum, ob an denjenigen Quoten des Sammtgutes, welche durch den Tod unabgetheilter Kinder nach Schoßfallsrecht auf die Beisitzwittwe übergegangen sind, ein Pflichttheilsrecht der übrigen unabgeschichteten Kinder bestehe oder nicht: eine Frage, über welche die Bremischen Gesetze eine ausdrückliche Entscheidung nicht enthalten. Sie würde indessen sicherlich bejaht werden müssen, wenn, wie das erste Erkenntniß wenigstens dem Sinne nach angenommen hat, die dem Schoßfallsrechte unterlegenen Quoten bei der Mutter nicht mehr Sammtgut, sondern vielmehr Sondergut wären. Dieser Auffassung ist jedoch das Revisions-

Erkenntniß mit gutem Grunde entgegen getreten. Auf den ersten Blick scheint freilich die Argumentation Manches für sich zu haben: Sammtgut sei das Vermögen im Falle des Beisitzes der Wittwe, da hier die Quotentheilung sofort als durchgeführt gelte, doch nur insoweit noch zu nennen, als eben an den einzelnen Quoten noch ein beiderseitiges Recht bestehe; nun gehörten aber die durch Schoßfall an die Mutter gekommenen Quoten ohne Zweifel ausschließlich dieser. Bei näherer Erwägung sieht man indessen bald, daß hierbei der Satz: „mortuo patre bona ipso jure censentur divisa", welche Bewandniß es auch sonst mit ihm haben möge, in unzulässiger Weise urgirt ist, denn mittelst der gleichen Beweisführung könnte man auch darthun, die eigne Quote der Wittwe sei ihr Sondergut, während diese doch unzweifelhaft zum Sammtgut gerechnet wird. Als Sammtgut wird nun einmal auch für den Fall des Todes des Ehemannes in beerbter Ehe noch immer das ganze in die eheliche Gütergemeinschaft gefallene Vermögen aufgefaßt, soweit nicht eine Abschichtung stattgefunden hat. Dadurch, daß innerhalb der gesammten, praktisch in der Hand der Beisitzwittwe vereinigten Masse die ursprüngliche ideelle Eigenthumsquote der letztern sich mittelst Schoßfalls vervielfacht, verlieren die ihr nachträglich anwachsenden Quoten keineswegs ihren Sammtguts-Charakter.

Vergl. auch Post, Sammtgut, S. 113.

Konnte mithin in diesem Punkte dem angefochtenen Erkenntnisse einfach beigetreten werden, so vermochte sich das Ober-Appellations-Gericht freilich der ferneren Begründung des ersteren nicht vollständig anzuschließen. Dort ist nämlich ohne Weiteres als feststehend vorausgesetzt, daß von einem Römischen Pflichttheilsrechte der Kinder in Beziehung auf Sammtgut keinenfalls die Rede sein könne, und deshalb nur noch der Nachweis für erforderlich gehalten daß auch das statutarische Kopftheilsrecht hier keine Anwendung finde. Die Verneinung dieses letzteren Rechtes ist hier freilich fast selbstverständlich. Nicht nur würde mit der Zulassung desselben, wie auch das Obergericht hervorgehoben hat, das anerkannte Schoßfallsrecht der Beisitzwittwe im Grunde wieder beseitigt sein; sondern es bringen auch überhaupt die vom Ober-Appellations-Gericht in der oben erwähnten Rauch'schen Sache

geltend gemachten Gründe die Unanwendbarkeit des Kopftheilsrechtes eben so wohl wie auf Sondergut, auch auf Sammtguts-Kopftheile eines überlebenden Ehegatten mit sich. Dagegen findet sich gerade der Satz, daß jeder Antheil der Beisitzwittwe am Sammtgute auch vom Römischen Pflichttheilsrechte frei sei, in den Bremischen Rechtsquellen wenigstens unmittelbar nirgends ausgesprochen. Allerdings hat das Obergericht in den Entscheidungsgründen zum angefochtenen Erkenntnisse S. 32—35 eine Reihe von Thatsachen aus der Rechtsprechung und besonders aus der im Rechtsleben sich kundgebenden Rechtsüberzeugung zusammen gestellt, welche, vom Ende des vorigen Jahrhunderts bis in die neueste Zeit reichend, erhebliches Gewicht für die Annahme eines Bremischen Gewohnheitsrechtes in die Wagschale legen, nach welchem der Beisitzwittwe auch in Ansehung der ihr nach Schoßfallsrecht hinzu erworbenen Quoten völlig unbeschränkte letztwillige Verfügung zustehen würde. Immerhin möchte jedoch auch dabei noch das Bedenken nicht ganz unberechtigt sein, ob nicht diese Praxis vorzugsweise die Ausschließung des statutarischen Kopftheilsrechts zum Inhalte gehabt habe, ohne deshalb der Anwendung des Römischen Pflichttheilsrechtes mit vollem Bewußtsein entgegen zu treten.

Es könnte nun auf den ersten Blick scheinen, daß bei dieser Sachlage Nichts übrig bleibe, als sich mit dem Erkenntnisse erster Instanz an den, vom Ober-Appellations-Gericht in der Rauch'schen Sache ebenfalls zur Geltung gebrachten, Satz zu halten, daß im Zweifel das gemeine Recht anzuwenden ist, und aus diesem Grunde das Pflichttheilsrecht hinsichtlich der dem Schoßfallsrechte unterlegenen Sammtgutsquoten anzuerkennen. Jedoch gaben folgende Gründe den Ausschlag für die entgegengesetzte Entscheidung.

Im Bremischen Rechte steht der, vom hypothetisch gemeinrechtlichen Standpunkte aus streitige Satz gesetzlich ganz fest, daß abgetheilte Kinder an dem dem Parens verbliebenen Theile des Schichtvermögens unter keiner Voraussetzung mehr ein Pflichttheilsrecht haben, auf Grund des

Stat. 11 von 1433.

Von diesem Rechtssatze aus gelangt man zu dem andern, oben schon zur Sprache gekommenen, daß auch für das unabgetheilte Kind an der dem Parens von vorn herein zuständigen Quote des Sammt-

gutes keinerlei Pflichttheilsrecht bestehe, auch durch die Erwägung, daß der testirende Parens, der bei Lebzeiten noch nicht abgetheilt habe, nun gleichsam als letztwillig die Abschichtung vornehmend zu denken sei.

Vergl. wegen des dem Bremischen in dieser Beziehung völlig analogen Hamburgischen Rechtes Baumeister, Hamb. Privatrecht, Bd. 2, S. 350 ff.

Dies nun aber auf den Fall angewandt, wo die Beisitzwittwe zu ihrer ursprünglichen Quote noch weitere durch Schoßfall hinzu erworben hat, führt zu der Consequenz, daß sie, wie sie bei einer Abschichtung unter Lebenden diese sämmtlichen Quoten zu freier Verfügung behalten würde, so auch letztwillig darüber ganz nach Belieben muß disponiren können.

30.

Bernhard Martin Pundt zu Hohenböken, Kläger, wider Bernhard Sofath Pundt zu Edenbüttel, vertreten durch seinen Vater Christoph Pundt daselbst, Beklagten, Herausgabe einer Bauerstelle, eventuell Abfindung betreffend.

Urtheil vom 22. April 1876.

Befugniß des Eigenthümers eines Bauerngutes, unter seinen Descendenten den Anerben zu wählen, nach älterem Bremischen und Oldenburgischem Recht.

Letztwillige Verfügungen zu Gunsten von incertae personae.

In den Willen eines Dritten gestellte letztwillige Verfügungen.

Die thatsächliche Anerkennung der in einem gemeinschaftlichen Testamente der Eltern zu Gunsten eines Kindes getroffenen Bestimmungen durch das Kind involvirt einen Verzicht desselben auf Anfechtung der seitens der Mutter in demselben Testamente getroffenen ihm nachtheiligen Verfügungen.

Die Entscheidungsgründe lauten:

I., Das principale Klagegesuch, über dessen Zurückweisung Kläger sich in erster Reihe beschwert, ist gerichtet auf Anerkennung desselben als Grunderben der Grollander Bauerstelle seiner verstorbenen Mutter und auf Verurtheilung des Beklagten zur Herausgabe dieser Stelle mit allem Zubehör. Hier war nun so viel unbedenklich anzunehmen, daß Kläger, als jüngster Sohn, gesetzlicher Anerbe der fraglichen Stelle gewesen sein würde. Maßgebend ist hierfür freilich nicht, wie Kläger vermeint, das in dem Oldenburgischen Butzhausen, dem letzten Wohnsitze der Erblasserin, geltende, sondern das die Rechtsverhältnisse der Grollander Bauerstellen als solcher überhaupt regelnde Particularrecht. Jedoch hat die Bremische Verordnung vom 23. Januar 1826, welche in ihrem §. 19 dem ältesten unversorgten Sohn das Anerbenrecht giebt, diese Anordnug laut des §. 16 nur für die Beerbung solcher Bremischen Landleute getroffen, welche erst nach Publikation derselben sich verehelichen würden, in Ansehung der Succession in die Güter bereits verheiratheter aber, zu denen die Erblasserin gehörte, es bei dem bis dahin geltenden Rechte belassen. Nun sind aber beide Parteien darüber einig, daß bis zum Erlasse jener Verordnung in dem Bremischen Grolland, wie in demjenigen Theile von Oldenburg, von welchem es durch den Reichsdeputations-Hauptschluß von 1803 abgetrennt war, für geschlossene Bauerhöfe das Minorat, mit Vorzug der Söhne vor den Töchtern, galt; und dies wird bestätigt durch

von Rössing, concentrirte Rechts-Fälle, Th. 2 (Oldenburg, 1793) S. 45 und

von Halem, Oldenburgisches Particular-Recht, Thl. 1 (1804) S. 103 ff.

Auch ist das Anerberecht des Klägers nicht etwa beseitigt durch die Bekanntmachung vom 23. November 1829, durch welche die im Jahre 1803 erworbenen Bremischen Gebietstheile den in dem übrigen Landgebiete Bremens geltenden civilrechtlichen Bestimmungen gleichfalls unterworfen wurden; denn abgesehen davon, daß nicht vorliegt, daß in dem Altbremischen Landgebiete für die Zeit vor 1826 eine bestimmte andere Successionsordnung für Bauergüter allgemeine Geltung gehabt hätte, müßte jedenfalls im Sinne der pos. 4 der Bekanntmachung von 1829 das gesetzliche Anerbenrecht

des Klägers als ein unantastbares erworbenes Privatrecht angesehen werden.

Ob nun freilich der Anerbe als solcher nach dem hier maßgebenden Rechte ohne Weiteres das Bauergut als alleiniger Eigenthümer zu vindiciren berechtigt sein würde, bedürfte an sich noch besonderer Erörterung; hier konnte indessen diese Frage auf sich beruhen, weil das Anerbenrecht des Klägers als ausgeschlossen erschien durch die in dem gemeinschaftlichen Testamente seiner Eltern getroffene letztwillige Verfügung.

Zuvörderst konnte im Allgemeinen darüber kein Zweifel bestehen, daß eine, das klägerische Anerberecht beseitigende, letztwillige Ernennung eines andern Grunderben rechtlich möglich war. Denn mag auch gemeinrechtlich bestritten sein, ob das gesetzliche Anerbenrecht einer letztwilligen Verfügung des Erblassers zu weichen habe, so steht doch nicht nur nach der Bremischen Verordnung von 1826, §. 18 dem Vater die letztwillige Auswahl des Grunderben aus seinen Kindern und Kindeskindern zu, sondern auch für diejenigen Oldenburgischen Gebietstheile, denen das Grolland bis 1803 angehörte, hatte ein Rescript von 1743 das Recht des Vaters, „dem juri statutario im Anerbenrechte seiner Stelle zu derogiren," anerkannt, und durch die Praxis war dort dieses Recht auch der Mutter in Ansehung der ihrigen gegeben worden,

von Rössing a. a. O. S. 44 ff.
von Halem a. a. O. S. 112.
Runde, Deutsches ehel. Güterrecht, S. 380, Anm. b.

Einer genaueren Untersuchung darüber, wie weit nach Oldenburgischem Recht dieses Verfügungsrecht des Stellbesitzers reichte oder reicht, bedarf es nicht, da für das Ober-Appellations-Gericht kein Grund vorlag, die Richtigkeit des eigenen Zugeständnisses des Klägers, daß seine Mutter zwischen ihren Kindern und Kindeskindern frei habe wählen können,

Obergerichts-Protokoll S. 11 und Appellationsschrift S. 9,

in Zweifel zu ziehen, nun aber es sich hier nur um die Ernennung eines Enkels zum Grunderben handelt.

Es kommt also allein noch auf die sonstigen Gründe an, mittelst welcher Kläger die rechtliche Unwirksamkeit der von seiner

Mutter in Gemeinschaft mit ihrem Ehemanne über die Succession in ihre Grollander Stelle getroffenen testamentarischen Anordnungen darthun will.

In der Replik hat er in dieser Richtung zuvörderst die angebliche Nichtigkeit des ganzen mütterlichen, in dem gemeinsamen elterlichen enthaltenen Testamentes zu verwerthen versucht, und hierauf ist er auch noch in seiner Appellationsschrift zurückgekommen. Als Nichtigkeitsgrund macht er geltend, daß er von der Mutter in dem Testamente präterirt sei. Allein abgesehen davon, daß gemeinrechtlich kein Grund gegeben ist, die letztwillige Bezeichnung eines Anerben, welche keineswegs eine Erbeinsetzung im Römischen Sinne ist, überhaupt an die Testamentsform oder eine andere bestimmte Form zu binden, und ferner abgesehen davon, daß ein Verstoß gegen die Nov. 115 nur die Erbeinsetzungen hinfällig machen würde, nicht den übrigen Inhalt des Testamentes, zu welchem nach dem eben Bemerkten die Ernennung eines Grunderben gehört, daß übrigens das hier in Rede stehende Testament zum Ueberflusse sogar die Codicillarclausel enthält; so ist in Wahrheit der Kläger von seiner Mutter nicht präterirt, sondern in §. 1 des Testamentes von ihr wie von dem Vater zum Erben eingesetzt. Wenn Kläger dies deswegen nicht gelten lassen will, weil es von Seiten der Mutter eine Einsetzung auf Nichts sei, so widerspricht diese Auffassung des Testamentes den bekanntesten Rechtsgrundsätzen, nach welchen vielmehr, da Kläger neben vier andern Descendentenstämmen zum Erben ernannt ist, eine Einsetzung auf ein Fünftel der Erbschaft vorliegt.

Die Haupteinwendung des Klägers gegen die Gültigkeit der in §. 3 des Testamentes getroffenen Verfügung über das Grunderbrecht, soweit letztere jetzt in Frage kommt, ist aus ihrer Unbestimmtheit hergenommen. Es ist dort zunächst ein bestimmter, inzwischen aber vor der Erblasserin verstorbener Enkel zum Grunderben ernannt, für den (nunmehr eingetretenen) Fall aber, daß dieser vor seiner Majorennität versterben sollte, seinen Eltern oder dem Längstlebenden von ihnen überlassen, eines ihrer übrigen gemeinsamen Kinder zum Grunderben zu ernennen, mit Vorzug der Söhne vor den Töchtern. Auf Grund dieser Anordnung haben nach erfolgtem Tode des von der Erblasserin zunächst

ernannten Bernhard Sosath Pundt dessen Eltern ihren später geborenen, ebenfalls Bernhard Sosath genannten Sohn, den jetzigen Beklagten, noch bei Lebzeiten der Erblasserin als zukünftigen Grunderben bezeichnet.

Das Bedenken nun, welches zunächst entstehen könnte, ob nicht in §. 3 des Testamentes nur für den Fall, daß der zunächst ernannte Grunderbe, nachdem ihm die Stelle angefallen sein würde, vor erreichter Volljährigkeit versterben sollte, seinen Eltern das Recht, ihm aus ihren übrigen Kindern einen Grunderben zu ernennen, habe eingeräumt werden sollen, wird vom Kläger selbst nicht getheilt. Auch spricht nicht nur der Wortlaut gegen jene Auslegung, sondern sie würde auch jedenfalls beseitigt sein durch die authentische Erklärung, welche die Erlasserin selbst in dem völlig gültig errichteten gerichtlichen Codicille vom 22. März 1870 (Obergerichts-Acten [3]) nach dem Tode des zunächst ernannten Bernhard Sosath Pundt über den Sinn jener Bestimmung des §. 3 abgegeben hat.

Was der Kläger gegen den Rechtsbestand der Verfügung geltend macht, ist der Mangel gehöriger Bestimmtheit in doppelter Beziehung, insofern er sowohl auf die Römischen Rechtssätze über die Bedenkung von incertae personae, als auch auf diejenigen, welche die auf den Willen eines Dritten gestellten letzwilligen Verfügungen betreffen, Bezug nimmt. Allein

1., die ältern Bestimmungen, welche Bedenkungen von incertae personae beschränkten, sind dem Römischen Rechte in der Gestalt, wie es bei uns recipirt ist, fremd. In §. 25 J. de leg. 2,20 wird nur historisch über sie berichtet; nach §. 27 eod. hat Justinianus das frühere Recht in diesem Punkte abgeändert, und in l. 19, pr. D. de reb. dub. 34,5 ist in der That eine mit jenen ältern Normen unvereinbare Entscheidung enthalten. Daher hat auch die herrschende Lehre die letzteren stets für beseitigt gehalten, und sich hierin auch durch die abweichende Meinung von

Heimbach, in der Zeitschr. f. Civilrecht u. Pr. N. F. Bd. 5, S. 99 ff. (1848)

nicht erschüttern lassen.

Keller, Pandekten, §. 492, S. 938.
Vangerow, Pandekten, Bd. 2, Aufl. 7, §. 429, Anm. 3, S. 84.
Arndts, Pandekten, §. 491, Anm. 5.
Brinz, Pandekten, Abth. 2, S. 766.

Windscheid, Pandektenrecht, Bd. 3, §. 547, Anm. 2, u. §. 633, Anm. 16.

Erk. des Ober-Appellations-Gerichts zu Oldenburg v. J. 1860, in Seufferts Archiv, Bd. 17, No. 262.

2., Wie weit das neuere Römische Recht der ältern Auffassung, wonach jede in fremdes Ermessen gestellte letztwillige Verfügung für ungültig gehalten wurde, treu geblieben ist, ist eine bekannte Streitfrage. Sie bedarf jedoch zu practischen Zwecken der Entscheidung nicht, da nach der richtigen Ansicht jedenfalls durch das kanonische Recht die erwähnte Beschränkung völlig beseitigt worden ist. Das c. 13 X. de testam. 3,26 spricht mit voller Bestimmtheit aus:

„Qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus."

Allerdings ist in neuerer Zeit vielfach dieser Stelle eine so durchgreifende Bedeutung abgesprochen worden, indem man sich bemüht hat, durch Zurückgreifen auf den geschichtlichen Zusammenhang, in welchem die päpstliche Decretale, aus der das c. 13 cit. entnommen ist, erging, für dieselbe eine eingeschränktere Tragweite aufzuweisen. Aber selbst wenn, historisch beurtheilt, diese Auffassung der Decretale als solcher unanfechtbar wäre, so würde darauf doch für das geltende Recht Nichts ankommen, weil die päpstlichen Decretalen in Civilsachen bei uns nicht als solche, sondern nur als Bestandtheile des Corpus juris canonici und in der Fassung, wie sie sich in diesem vorfinden, zur Anwendung kommen. Auch hat es nie an Rechtslehrern gefehlt, welche diese Meinung vertheidigten; vgl. z. B.

Schrader, Abhandlungen aus dem Civilrechte, Bd. 1, S. 65 u. 71 ff.,

Wening-Ingenheim, gemeines Civilrecht, Aufl. 1, Bd. 3, §. 61, bei Anmerk. 1,

Thibaut, Pandektenrecht, 8. Ausgabe, Bd. 2, §. 951, Anm. f.,

und aus neuester Zeit

Arndts, Pandekten, 7. Auflage, §. 491, Anm. 5, S. 797, und Fortsetzung von Glücks Commentar, Bd. 46, S. 362 ff.

Ist mithin die Ernennung des Beklagten zum Anerben auf völlig rechtsgültige Weise zu Stande gekommen, so mußte die erste Beschwerde des Klägers verworfen werden.

II., Eventuell will Kläger mittelst seiner zweiten

Beschwerde wenigstens eine Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung einer Abfindung von der Grollander Stelle erzielen. Auch ist es gewiß, daß ihm, als Sohn der Erblasserin, an sich irgend eine Abfindung gebühren würde. Ferner hat ohne Grund das Obergericht angenommen, daß der Beklagte, als bloßer Vermächtnißnehmer, nicht der rechte Beklagte sei, weil die actio ad supplendam legitimam vielmehr gegen die sämmtlichen Erben gerichtet werden müsse. Mit Recht erinnert der Kläger dagegen, daß hier gar nicht die gemeinrechtliche Pflichttheils-ergänzungsklage in Frage stehe, sondern eine davon verschiedene, deutschrechtliche Klage auf Feststellung und Auszahlung der Abfindung, die nur gegen den Anerben anzustellen ist.

Dennoch war auch in Betreff dieses Klaggesuches der vom Obergerichte ausgesprochenen Abweisung beizutreten. Dabei konnte es dahin gestellt bleiben, ob der Grund des Obergerichts Billigung verdiene, daß der Ueberschuß des im gemeinsamen Testamente der Eltern aus der väterlichen Erbschaft dem Kläger Zugewandten über den daraus zu beanspruchenden Pflichttheil auf das jetzt Geforderte einzurechnen sei und dasselbe nach den eignen Angaben des Klägers völlig decke. Denn jedenfalls mußte die andere, ebenfalls vom Obergerichte gebilligte Einrede durchgreifen, daß Kläger durch Anerkennung und Ausnutzung der ihm günstigen Bestimmungen des Testamentes, soweit sie die Erbschaft seines Vaters betreffen, auf die ihm durch dasselbe Testament entzogene Abfindung von der mütterlichen Stelle verzichtet habe: eine Einrede, die von Seiten des Beklagten als exceptio doli formulirt worden ist. In dieser Beziehung kann zunächst auf die Entscheidungs-Gründe des angefochtenen Erkenntnisses S. 27—28 verwiesen werden. Auch das Römische Recht spricht in

l. 7. D. de bon. lib. 38, 2

den Grundsatz aus, daß man nicht ein Testament theilweise sich zu Nutze machen und theilweise auf Grund verletzten Pflichttheils-rechtes anfechten dürfe.

Vgl. auch Dedekind, die Anerkennung ungiltiger letztwilliger Anordnungen, S. 68 ff.

Freilich kommt hierbei nun Alles darauf an, wie ein Testament, in welchem zwei Testatoren ihre Verfügungen gemeinsam treffen, juristisch

zu denken ist, ob als nur ein Testament, oder als eine äußerliche Vereinigung zweier Testamente: unter der letztern Voraussetzung würde sich hier keine exceptio doli begründen lassen. Die erstere Auffassung verdient aber auch in der That den Vorzug, weil sonst die Zulassung gemeinsamen Testirens unter einfachen Förmlichkeiten des Sinnes entbehren und sich mit dem im Uebrigen immer festgehaltenen Erfordernisse der unitas actus nicht vereinigen lassen würde.

31.

Adolph Theodor Wilhelm Lauprecht als alleiniger Inhaber der Firma A. Lauprecht & Co. zu Woltmershausen, Kläger, wider die Baudeputation Abtheilung für Wasserbau zu Bremen, Beklagte, eine Servitut des Sandgrabens betreffend.

Umfang einer Realservitut des Sandgrabens „zu allen Zwecken".

Grenze zwischen Real- und Personalservitut.

Die Entscheidungsgründe führen aus:

Der Kläger verlangt in seiner ersten Beschwerde, es solle erkannt werden, daß seinem Grundstücke für den Fall der Erbringung des ihm in decis. 3 sub a des erstinstanzlichen Erkenntnisses auferlegten Beweises an dem hier fraglichen Areale die Servitut zustehe, zu beliebigen Zwecken, insbesondere auch zu Ziegeleizwecken, Sand aus demselben zu entnehmen, ohne Unterschied, ob der Sand für die ältere oder die erst 1870 auf dem klägerischen Hofe errichtete Ziegelei verwendet werde.

Soweit durch diese Beschwerde zur Anerkennung gebracht werden soll, daß dem Kläger, die Führung des bemerkten Beweises (der Alluvionsqualität) vorausgesetzt, zu Gunsten seines Hofes zu Woltmershausen das Recht zustehe, dem streitigen Areal Sand und Erde für Deiche, Wege und andere aus dem landwirthschaftlichen Betriebe des herrschenden Grundstücks hervorgehende Bedürfnisse

zu entnehmen, ist dieselbe nicht auf eine ausdrückliche Erläuterung des Erkenntnisses erster Instanz gerichtet. Denn sowohl die Entscheidungsgründe erster als zweiter Instanz lassen keinen Zweifel darüber, daß eine Servitut des eben angegebenen Umfanges im Fall der Führung des Beweises sub 3 a für begründet erachtet wurde. Das Decisum des Erkenntnisses vom 20. April 1874 (Obergerichts-Akte [10]), giebt aber allerdings keine volle Klarheit hierüber, indem ein entsprechender positiver Satz darin nicht vorkommt, und die Fassung des decis. 3 nicht erkennen läßt, ob der Beweissatz sub 3 a, neben seiner Eigenschaft als Copulative des die Ersitzung der Servitut betreffenden Beweises sub b, auch eine selbständige Bedeutung für den Klaggrund aus vertragsmäßiger Begründung der Servitut haben sollte. Der Beschwerde mußte daher durch eine diesen Zweifel beseitigende Fassung entsprochen werden.

Eine erhebliche Abänderung aber wird beantragt, insofern der Kläger das Recht beansprucht, zu jedem beliebigen Zweck, insbesondere auch für die Zwecke seines Ziegeleibetriebes, unbeschränkt Sand aus dem fraglichen Areal zu entnehmen, während die vorigen Instanzen ihm dieses Recht hinsichtlich seiner im Jahre 1870 errichteten zweiten Ziegelei ganz abgesprochen, hinsichtlich seiner älteren Ziegelei aber von dem Beweise 10jähriger Ersitzung abhängig gemacht haben. Der Kläger stützt seinen Anspruch auf den in seinem Wortlaut unbestrittenen Vorbehalt, welcher von den Vorbesitzern des Klägers bei Abtretung des dienenden Grundstückes zu Meierrecht an Gerh. Chr. Sanders im Jahre 1856 gemacht, und sowohl bei der Lassung des herrschenden Hofes an den Kläger im Jahre 1859 in die Beschreibung aufgenommen, als bei der zwischen dem Kläger und Sanders zu Stande gekommenen Ablösung des Meierrechts im Jahre 1862 ausdrücklich wiederholt worden ist.

Dieser Vorbehalt lautete dahin: „von dem Lande hinter dem Convoyewege nach der Weser zu Erde zum Gebrauche für Deiche und Wege und sonstige Zwecke weg zu nehmen." Daß der Wirksamkeit der letzten allgemeinen Worte nicht etwa die Vorschrift der

l. 10. D. commun. praed. (8, 4)

entgegensteht, bedarf keiner Ausführung, da das hier erwähnte Erforderniß ausdrücklichen Ausbedingens sich nur auf das vorbehaltene Recht selbst und dessen Inhaber, nicht aber auf alle einzelnen durch Ausübung desselben zu verfolgenden Zwecke bezieht. Auch konnte

1., der in den vorigen Erkenntnissen zu Grunde gelegten beschränkenden Auslegung des Vorbehaltes nicht beigetreten werden. Die beiden Regeln, daß die Auslegung gegen den, welcher die Vertragsworte abgefaßt hat, und gegen die Uebernahme der größeren Verpflichtung zu erfolgen habe, gelten nur da, wo die Worte wirklich zweifelhaft sind. Und das ist hier nicht der Fall. Wenn der Vorbehalt für das Entnehmen von Erde aus dem dienenden Grundstück zunächst zwei besondere Zwecke „zum Gebrauche für Deich und Wege" nannte, und dem hinzufügte „und sonstige Zwecke", so drückte diese Nebeneinanderstellung dem allgemeinen Sprachgebrauche nach aus, daß man zwar die Verwendung für Deiche und Wege, deren Nothwendigkeit man erfahrungsmäßig kannte, als Gegenstand der Berechtigung besonders hervorheben, sich aber nicht hierauf beschränken wollte, daß man vielmehr daran dachte, es könne sich für das herrschende Grundstück künftig das Bedürfniß anderer Verwendungen verschiedener Art ergeben, und um sich auch hierfür das Recht des Sandholens auf alle Fälle zu sichern, die letzten allgemeinen Worte hinzusetzte. Die Clausel kann daher nicht mit den Worten: „für einige" oder „für ähnliche" oder „für gleichartige sonstige Zwecke" übersetzt, sondern, wie der Kläger geltend macht, nur als gleichbedeutend mit „für alle sonstigen Zwecke" genommen werden. Die rechtliche Möglichkeit, einer Realservitut auch für die Befriedigung noch nicht vorhandener, sondern erst künftig eintretender Bedürfnisse eines herrschenden Gutes zu bestellen, ist in den vorigen Erkenntnissen nicht bestritten worden, und läßt sich nach den betreffenden Quellen-Aussprüchen, wo eine künftige Veränderung sowohl in der Einrichtung des herrschenden als des dienenden Grundstücks ins Auge gefaßt ist,

l. 23. pr. §. 1. D. de servit. praed. urb (8, 2)
l. 10. D. de servit. praed. rust. (8, 3)

nicht bezweifeln. Das Obergericht glaubt nur die concrete Willensmeinung der Contrahenten beschränkend interpretiren zu müssen,

weil zur Zeit des ursprünglichen Vorbehaltes noch keine Ziegelei auf dem herrschenden Grundstück vorhanden gewesen, letzteres vielmehr bis dahin nur zu landwirthschaftlichen Zwecken verwendet worden sei, und deshalb angenommen werden müsse, daß der Vertragswille sich nur auf ökonomische Zwecke, nicht auf spätere, damals nicht vorauszusehende andere Bedürfnisse gerichtet habe. Dem steht jedoch entgegen, daß, wenn die Contrahenten einen allgemeinen, künftige neue Bedürfnisse unbeschränkt mit umfassenden Ausdruck für ihren Vorbehalt wählten, es nicht darauf ankommen kann, ob sie sich von den einzelnen möglichen Bedürfnissen der Zukunft eine specielle Vorstellung machten. Es muß genügen, wenn sie nur überhaupt an die Möglichkeit anderer, als der besonders namhaft gemachten Zwecke dachten, und eben deshalb die ganz allgemein gefaßte Clausel beifügten. Hätte die Clausel nach ihrer Absicht nur auf eine gewisse Gattung von Zwecken gehen sollen, so mußte sie dem entsprechend beschränkter gefaßt werden, während die bloße Wahrscheinlichkeit, daß sie nur eine Gattung von Zwecken, die landwirthschaftlichen, sich klar gemacht haben mögen, nicht in Betracht kommen kann. Mit Recht beruft sich der Kläger in dieser Beziehung auf das in der angeführten

l. 23. pr. D. de servit praed. urb. (8, 2)

besprochene Beispiel einer Servitutenbestellung, wo ebenfalls auf Grund eines entsprechenden allgemeinen Ausdrucks, der sogar als ambigua scriptura bezeichnet ist, die Erstreckung der Servitut auf ein durch veränderte Einrichtung des herrschenden Grundstückes hinzutretendes Bedürfniß anerkannt wird.

Es läßt sich gegen diese Auslegung des Vorbehaltes aber auch nicht einwenden, daß es unmöglich in der Absicht der Contrahenten gelegen haben könne, alle irgend denkbaren Verwendungen in das Belieben des Servitutberechtigten zu stellen, dessen Recht zu einem völlig schrankenlosen zu machen. Denn die klägerische Berechtigung erhält

2., durch die rechtliche Natur einer Realservitut von selbst ihre angemessene Begrenzung. Daß es sich hier um eine dem Hofe des Klägers zu Woltmershausen zustehende und mit dem Erwerbe dieses Hofes auf ihn übergegangene Realservitut handelt, ist nach den ausdrücklichen, in allen drei Instanzen wiederholten Erklärungen

des Klägers außer Zweifel. Eine Realservitut aber hat nur soweit rechtlichen Bestand, als ihre Ausübung geeignet ist, dem herrschenden Grundstück, d. h. jedem Besitzer desselben als solchem, irgend wie zum Nutzen zu gereichen. Bei der Anwendung dieses Grundsatzes kommt es nach der dermaligen Lage der Sache wesentlich nur darauf an, ob und inwieweit der Kläger befugt war, Sand zur Verwendung für seine Ziegeleien zu holen. Und in dieser Beziehung stellen sich die Ansprüche des Klägers als zu weit gehend dar. Die Entscheidung für eine Servitut der vorliegenden Art ist mit genügender Bestimmtheit aus der, vom Obergericht mit angeführten

l. 6 pr. §. 1. D. de servit. pr. rust. (8, 3)

zu entnehmen. In dieser Stelle wird gerade der Fall eines Gewerbe-Betriebes, einer Töpferei, auf dem herrschenden Grundstück und die Verwendung einer Servitut des Thongrabens für diesen Betrieb besprochen.

Vgl. Archiv für die Civil. Prax. Bd. 15, S. 388, und Bd. 27, S. 31 f.

Es wird in sachgemäßer Consequenz des unmittelbar vorher in l. 5. §. 1. D. eod. ausgesprochenen Grundsatzes, es könne zwar zu Gunsten eines Grundstückes eine servitus calcis coquendae und cretae eximendae bestellt werden, jedoch non ultra, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit, folgende Unterscheidung gemacht. Eine Prädialservitut sei anzuerkennen, wenn die Töpferei dazu da sei, um Gefäße zu bereiten, in welchen die auf dem herrschenden Gute erzeugten Früchte (Wein) ausgeführt werden sollen, oder um Ziegel für ein auf dem herrschenden Grundstück zu bauendes Haus anzufertigen; wenn dagegen die Töpferei zum Zweck des Verkaufs der fabricirten Geschirre, d. h. als persönliches Speculationsgeschäft, betrieben werde, dann sei die fragliche Berechtigung eine Personalservitut (ein usus fructus). Ebenso wird in §. 1 der Stelle das Recht zum Steinbrechen oder zum Sandgraben, wenn es für Bauten auf dem herrschenden Grundstück bestimmt ist, als Realservitut anerkannt; desgleichen das Recht Holz zu schlagen, wenn daraus Pfähle für die Weinpflanzungen des herrschenden Grundstückes gemacht werden sollen.

Aus diesen Beispielen wird es klar, daß jede Berechtigung an einem benachbarten Grundstück, deren Ausübung dazu dienlich

ist, das herrschende Grundstück nach Maßgabe seiner Beschaffenheit unmittelbar werthvoller zu machen, oder das Inventar desselben zu vermehren und zu verbessern, oder die Gewinnung, Aufbewahrung und Verwerthung der auf demselben erzeugten Früchte zu fördern, oder sonstige die Benutzung des Grundstückes hebende Vortheile zu gewähren, als Realservitut bestellt werden kann; daß dagegen Verwendungen für ein industrielles Gewerbe, welches zwar auf dem herrschenden Grundstück, aber nicht zu dessen Ausbeutung, sondern im persönlichen Interesse des Besitzers betrieben wird, nicht zu den rechtlich möglichen Zwecken einer Realservitut gehören, vielmehr, wenn das Recht darauf eine dingliche Natur hat, Gegenstand einer Personalservitut sind.

Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 29 No. 111.

Hiernach muß auch im vorliegenden Falle die Grenze gezogen werden. Wenn von „Ziegeleizwecken" die Rede ist, so kommen, so gut hinsichtlich der neueren wie der älteren Ziegelei des Klägers, zweierlei Verwendungen des zu holenden Sandes in Betracht, für den Bau der Ziegeleigebäude, und für den fortlaufenden Betrieb des Geschäftes, die Herstellung der Fabrikate. Die erstere Verwendung stand dem Kläger, wenn das streitige Areal zum dienenden Grundstück (als Alluvion) gehörte, unbeschränkt zu, wie er denn auch davon Gebrauch gemacht haben will. Was die andere Verwendung betrifft, so hebt das Obergericht in den Entscheidungsgründen der Revisionsinstanz (p. 21 f.) mit Recht hervor, daß, wenn der für die Ziegeleifabrikate erforderliche Thon oder Lehm aus dem herrschenden Grundstück gewonnen wurde und es zur angemessenen Verarbeitung oder Verwendung dieses Stoffes einer Hinzufügung oder sonstigen Mitbenutzung des Sandes aus dem dienenden Grundstück bedurfte, — und auch das soll nach den Angaben des Klägers in den adjungirten Acten des Erbe- und Handfesten-Amtes der Fall gewesen sein, — diese Mitbenutzung den zulässigen Gegenstand einer Realservitut bildete. Denn dann war das herrschende Grundstück durch seinen Vorrath an Thon oder Lehm zur Anlage von Ziegeleien von Natur gemacht, und insofern als „certum genus agrorum"

vgl. l. 13. pr. D. de servit. praed. rust. (8, 3)

für das Bestehen der fraglichen Activservitut geeignet. Soweit

dagegen der Kläger den Thon oder Lehm für sein Geschäft sich aus fremden Grundstücken verschafft haben sollte, fiel die Mitbenutzung des Sandes nicht in den Bereich der Realservitut.

Es konnte hiernach der Beschwerde des Klägers nicht in vollen Umfange, sondern nur soweit entsprochen werden, als rechtlich zulässige Zwecke einer Realservitut anzuerkennen waren, insoweit aber war auch kein Unterschied zwischen den beiden Ziegeleien des Klägers zu machen.

32.

Claus Heinrich Bahrenburg zu Bremen, Kläger, wider Diedrich Behrens sen. daselbst, Beklagten, wegen Verkauf eines Immobile.

Urtheil vom 20. Juni 1876.

Ueber die zu einer Kaufvertrags-Offerte erforderliche Bestimmtheit.

Bedeutung mangelnder Einigung über Nebenpunkte beim Kaufvertrage.

Die Entscheidungsgründe führen aus:

Die Entscheidungsgründe der Revisionsinstanz reichen im Wesentlichen aus, um das angefochtene Erkenntniß zu rechtfertigen und sind vom Appellanten nirgends widerlegt worden.

Es ist freilich nicht zu bezweifeln daß wenn die Partheien ausdrücklich vereinbart hätten, Beklagter solle für das fragliche Haus die ursprüngliche Ankaufssumme, ferner den vom Kläger auf den Umbau verwandten Betrag und außerdem noch 2000 Thlr. bezahlen, alsdann gegen die Perfection des Kaufgeschäfts jedenfalls nicht der Mangel eines certum pretium eingewandt werden könnte. Allein eine solche ausdrückliche und unzweideutige Fixirung des Kaufpreises behauptet der Kläger gar nicht, er giebt selbst andere Worte als wirklich vom Beklagten gesprochen an, aus welchem er nur folgert, daß das Versprechen des Beklagten keinen anderen Sinn als den

der Klage zu Grunde liegenden gehabt haben könne, und es handelt sich lediglich darum, ob nach dem vom Kläger behaupteten Vorgange der zur Perfection eines Kaufes erforderliche consensus als vorhanden angenommen werden kann. An solchem consensus würde es schon fehlen, wenn der Beklagte als Käufer bei seinem Angebot eine geringere Summe meinte, als Kläger für geboten annahm. In dieser Beziehung würde es auf die wörtliche Erklärung des Beklagten ankommen. In der Klagschrift drückt sich der Kläger dahin aus: Partheien hätten einen Vertrag geschlossen, nach welchem Beklagter das dem Kläger gehörige näher bezeichnete Immobile „um 2000 Thlr. mehr als es dem Kläger zu stehen kam“ käuflich übernehmen solle. Wenn überall Kläger hiemit nicht lediglich seine Auffassung des Vertragsinhalts, sondern den Wortlaut der jenseitigen Erklärung hat wiedergeben wollen; so ist solche Angabe offenbar in der Replik — welche eine ausführliche Darstellung des ganzen fraglichen Vorgangs giebt, und derzufolge Beklagter jener Worte sich nicht bedient, sondern erklärt haben soll „er sei bereit, das Haus jederzeit mit 2000 Thlr. Nutzen für Kläger zurückzunehmen“ — widerrufen und berichtigt worden. Freilich liegt die Replik nicht in authentischer Form, sondern in Gestalt eines Referats des Protokollführers vor, welches allerdings weder vorgelesen noch genehmigt ist. Letzteres ist aber nach der Brem. Verordnung vom 27. Juni 1864 betr. Einführung des mündlichen Verfahrens auch nicht vorgeschrieben, und für die Richtigkeit des vom vereidigten Gerichtssecretär aufgenommenen Protokolls streitet die Vermuthung. Ueberdies hätte Kläger doch sicherlich dringende Veranlassung gehabt, gegenüber der Duplik, welche die Unbestimmtheit des Ausdruckes „Profit geben“ deducirte, noch besonders hervorzuheben, daß Beklagter sich nicht oder nicht blos dieses Ausdrucks, sondern auch der in der Klage angegebenen Worte bedient habe, wenn er den Gebrauch dieser letzteren als eine selbstständige Behauptung aufrecht erhalten wollte. Was daher in dieser Beziehung gegen die vorinstanzlichen Entscheidungsgründe vom Appellanten vorgebracht ist, hat kein Gewicht.

Hat man es nun lediglich mit dem in der Replik erzählten Vorgange und demgemäß mit der, vom Beklagten nicht in Abrede gestellten Behauptung zu thun: Beklagter habe sich erboten, das

Haus jederzeit mit 2000 Thlr. Nutzen für Kläger zurückzunehmen, so tritt, — angenommen einmal, es wäre darin wirklich eine so präcise Offerte zu befinden, daß einfache Acceptation sie zu einem Vertrage zu gestalten vermöchte — der sehr lebhafte Zweifel entgegen, ob hier wirklich ein consensus der Parteien in Betreff der Kaufsumme vorhanden, und nicht vielmehr ein wesentlicher Irrthum das Zustandekommen eines Vertrages hinderte. — Kläger hatte geäußert: er habe dem Beklagten „so schon zu viel für das Haus bezahlt" und fügte hinzu: „und genug an ihn verloren." Beklagter bestritt, daß er das Haus zu theuer verkauft habe, er bezog also anscheinend die voraufgehende Aeußerung des Gegners lediglich auf den ehemaligen Ankauf, und wenn er nun, um dessen Beschwerde über zu theuren Ankauf zu widerlegen, hinzufügte: er erbiete sich, das Haus jederzeit gegen Zahlung von 2000 Thlr. Nutzen an Kläger von ihm zurück zu nehmen, so konnte er damit sehr wohl einen Preis von 38,000 und 2000 Thlr. meinen, denn 38,000 bildete den Ankaufspreis, über dessen Theuerkeit Jener sich beschwerte. Der Kläger fügte aber hinzu „er habe genug an ihn verloren." Dies war unklar genug, um vom Beklagten überhört und so mißverstanden zu werden. Dem Kläger aber konnte es klar genug erscheinen, um damit auszudrücken, was er in der Klageschrift mit den Worten bezeichnete: „um 2000 Thlr. mehr als das Immobile dem Kläger selbst zu stehen kam." Er hatte die seit dem Ankauf von ihm verwandten Baukosten im Auge, dachte an den jetzigen dadurch erhöhten Preis, mithin an 38,000 und 5000 und 2000.

Dieser gewiß sehr berechtigte Zweifel an dem Vorhandensein eines wirklichen, nicht blos scheinbaren, consensus könnte nun freilich durch ein Beweisverfahren gelöst werden. Gleichwohl ist zur Auflage eines bezüglichen Beweises an Kläger keine Veranlassung.

Die ganze Verhandlung, wie Kläger selbst sie schildert, trägt so durchaus den Charakter des Unfertigen, daß an einen schlüssigen Contract, durch welchen Beklagter sich endgültig binden wollte nicht füglich zu denken ist. Nach der eignen klägerischen Darstellung lag ein so vollendetes Anerbieten des Beklagten, welches Kläger ohne Weiteres und mit bindender Wirkung sofort acceptiren konnte, noch gar nicht klar vor. Wenn Beklagter sich bereit erklärte,

jederzeit das Haus gegen Zahlung von 2000 Thlr. Nutzen an Kläger zurückzunehmen, so heißt das nicht nothwendig so viel, daß damit schon die Hand ausgestreckt war, in die Kläger nur einzuschlagen brauchte, um das Geschäft zum Abschluß zu bringen, sondern es kann ebensowohl nur bedeuten, daß Beklagter sich bereit erklärte, jederzeit mit dem Kläger über einen Rückkauf des Hauses mit 2000 Thlr. Nutzen für Kläger in Unterhandlung zu treten. Man könnte sogar vielleicht noch weiter gehen, und die Perfection des Kaufes selbst dann beanstanden, wenn wirklich Beklagter seine Offerte zu sofortigem Abschluß gemacht hätte. Keineswegs nämlich darf ein Kaufvertrag immer schon dann für perfect angesehen werden, wenn die Paciscenten über Gegenstand und Kaufpreis einig sind. Namentlich bei Käufen von Immobilien, zumal wo es sich um größere Werthe handelt, werden ganz regelmäßig mancherlei Nebenbestimmungen erforderlich von solcher Wichtigkeit, daß vor ihrer Feststellung sich im Zweifel kein Theil als gebunden betrachten will. Dazu gehören ganz insbesondere die Modalitäten der Kaufpreiszahlung, eine Klippe, an der bekanntlich sehr viele Kaufgeschäfte scheitern. — Und wenn Windscheid — (Pand. §. 386 —) mit Recht sagt:

> „die Willenseinigung muß sich auf die wesentlichen Punkte des Geschäfts beziehen, also darauf, daß der Eine eine Sache und der Andere Geld erhalten solle, ist aber über Nebenpunkte verhandelt worden und darüber Dissens geblieben, oder ist die Vereinbarung über Nebenpunkte vorbehalten worden, so darf im Zweifel nicht angenommen werden, daß die Parteien trotzdem einen Vertrag haben schließen wollen"

so braucht das nicht durchaus auf die Fälle beschränkt zu werden, wo über solche Nebenbestimmungen bereits wirklich verhandelt ist, sondern darf unter Umständen auch schon dann gelten, wenn nur nach der Lage des Falles als gewiß angenommen werden muß, daß die Parteien sich vor Feststellung auch solcher Nebenpunkte nicht haben binden wollen.

Vgl. auch Regelsberger Civilrechtl.-Erörterungen S. 134 ff.

Regelmäßig freilich wird man eine solche Intention der Parteien, welche Vertragsbestimmungen in concreto zu Essentialien erhebt,

nur dann annehmen, wenn wenigstens über diese Punkte besonders verhandelt worden ist. Allein, wenn auch selten, kann es doch Fälle geben, wo auch ohne besondere ausdrückliche Verhandlung, rein aus der Totalität der Verhältnisse und der Lage der Partheien ein solcher Wille entnommen werden kann, wenn z. B. wie in unserem Falle der fragliche Contract die Natur eines Rückkaufs hat, die Partheien vermöge des früheren Contracts und dann noch hinzutretenden das Haus betreffenden Verdingungsvertrags gerade in Betreff solcher Punkte bis dahin in bestimmtem Verhältnisse zu einander gestanden haben, so daß beim Rückkauf die Nothwendigkeit und darum auch der stillschweigende Wille der Schlichtung und neuen Ordnung solcher Punkte von selbst aus der Lage der Dinge einleuchtet.

Will man aber auch nicht so weit gehen, die besondern Umstände des Falles nicht für ausreichend erachten, um mit Sicherheit daraus auf den Willen der Partheien, Nebenpunkte zu Hauptpunkten zu erheben, schließen zu können, so sind die gedachten Umstände um so gewisser geeignet die obige Annahme zu unterstützen, daß Beklagter zunächst nur seine Bereitwilligkeit zu jederzeitigen Unterhandlungen auf der von ihm bezeichneten Basis erklären, nicht aber mit der Acceptation dieser Unterhandlungsbasis bereits das Geschäft als abgeschlossen und fertig gelten lassen wollte.

33.

Johann Rathjen Wwe. zu Bremerhaven, Klägerin, wider Hermann Christian Wilhelm Weyhe zu Bremen, Beklagten, wegen Verkaufs eines Immobile.

Urtheil vom 27. Juni 1876.

Perfection eines Kaufvertrages bei mangelnder Einigung über Nebenpunkte.

Verspätete Annahme einer Verkaufsofferte.

Es heißt in den Entscheidungsgründen:

Die beiden vorigen Instanzen haben die Bedenken nicht übersehen, welche aus dem erklärten Vorbehalt der Vereinbarung über die Lieferungszeit sich gegen die Annahme der Perfection des Kaufcontracts erheben; allein sie sind der Ansicht, zur Perfection genüge die Vereinbarung über Kaufobject und Preis, sonstige Modalitäten des Geschäfts seien, wenn eine besondere Feststellung derselben nicht erfolge, selbst wenn eine desfällige weitere Vereinbarung bei Beredung des Contracts vorbehalten worden, in Ermangelung solcher nach den gesetzlichen Regeln des Geschäfts eventuell durch richterliches Abitrium zu bestimmen; es sei zwar möglich, daß die Parteien dergleichen Nebenbestimmungen durch ihren Willen zu Essentialien in concreto erhöben, das sei aber im vorliegenden Falle nicht anzunehmen, vielmehr folge aus der telegraphischen Benachrichtigung des Verkäufers von der Annahme seiner Offerte, daß damit Beklagter sich als gebunden, den Kauf für abgeschlossen gehalten hatte.

Unzweifelhaft ist es richtig, daß für die Perfection eines Kaufcontracts ein Weiteres nicht erforderlich ist, als die Einigung der Contrahenten über das Object und den Preis, daraus folgt aber nicht, daß auch der Contract immer dann schon sogleich perfect wird, sobald eine Einigung über diese Hauptpunkte erzielt ist. Nur wenn feststeht, daß die Parteien über die Nebenpunkte nichts besonderes haben festsetzen wollen, treten die sogenannten naturalia negotii ergänzend ein; sobald dagegen auch nur in einem Nebenpunkte die Parteien ersichtlich eine besondere selbständige Regelung in's Auge gefaßt haben, so daß nicht angenommen werden kann, daß sie sich schlechthin den gesetzlichen Geschäftsregeln habe unterwerfen wollen, ist der Contract noch unvollständig, und darf kein Theil als gebunden angesehen werden, bis entweder die vorbehaltene Einigung erfolgt, oder die selbständige Festsetzung dieses Nebenpunkts aufgegeben ist.

Vgl. auch Windscheid, Pand. §. 386.

In solchem Falle die Ergänzung der fehlenden concreten Festsetzung durch richterliches arbitrium eintreten zu lassen, geht nicht an, denn es ist das subjective Belieben der Partei, dessen Geltendmachung reservirt ist, und dieses kann seiner Natur

nach nicht durch Richterspruch ersetzt werden! Diesem Letzteren unterwirft sich, wer eine objective Norm, sei es auch nur das billige Ermessen eines Unparteiischen, für seine Entschließungen maßgebend sein lassen will, nicht aber derjenige, der sich lediglich die Freiheit seiner Entschließungen vorbehält.

Für die Vorinstanzen ist die telegraphische Benachrichtigung des Verkäufers von der Einigung über den von ihm geforderten Preis von solchem Gewicht gewesen, daß sie ihr gegenüber den ausdrücklichen Vorbehalt der Lieferungszeit für praktisch bedeutungslos erachten. Mit Unrecht, denn die Annahme des vom Verkäufer verlangten Preises konnte für diesen doch recht wohl von solchem Interesse sein, daß es sich verlohnte, ihn sofort davon in Kenntniß zu setzen; sie genügte um so mehr, ihn von der Einleitung anderweitiger Verhandlungen über den Verkauf des Hauses absehen zu lassen, als eine Einigung über die Lieferungszeit bei beiderseitigem gutem Willen doch füglich erwartet werden durfte. Einer einfachen brieflichen Benachrichtigung von diesem Stande der Verhandlungen würde gewiß niemand eine so tiefgreifende Bedeutung einräumen wollen, der Gebrauch des Telegraphen an Stelle eines Briefes ist aber doch zu sehr auch Sache des bloßen persönlichen Geschmacks, als daß dieses Moment für entscheidend erachtet werden dürfte.

Kann demnach die Ansicht der beiden Vorinstanzen, daß ungeachtet des Vorbehalts der Contract bereits durch die Verhandlungen zwischen Albert Ratjen und dem Beklagten perfect geworden sei, nicht gebilligt werden, so tritt nunmehr die fernere vom Standpunkt der Vorinstanzen keiner Erörterung bedürftige Frage in den Vordergrund: ob die vorbehaltene Einigung über die Lieferungszeit, von welcher das Zustandekommen des Vertrages abhing, etwa später erfolgt ist. Daß in dieser Beziehung die Uebergabe der vom Beklagten unterzeichneten Schlußzettel an die Klägerin zunächst nichts weiter bedeutet, als eine Offerte des Beklagten, die, um zum pactum zu werden, von der Klägerin acceptirt werden mußte, wird keiner Begründung bedürfen. Acceptirt hat die Klägerin diese Offerte nun allerdings, aber erst im December 1873, also beinahe 9 Monate später, nachdem die Offerte an sie gelangt war. Liegt nun auch kein Handelsgeschäft vor, so daß die Bestimmungen des Art. 319 H. Ges. Buch zur Anwendung zu

bringen wären, so versteht es sich doch auch für den gemeinen Geschäftsverkehr von selbst, daß wer eine Offerte macht, nicht für immer an dieselbe gebunden bleibt, bis Antwort erfolgt, sondern die Acceptation zurückweisen darf, wenn sie so spät erfolgt, daß jener berechtigt war, das Schweigen als Ablehnung zu deuten.

Vgl. Windscheid, Pand. §. 307.
Seuffert, Archiv. Bd. II. 17, VI. 168, XVI. 30, XVII. 20, XXV. 99, XXVI. 228.

Zu der Annahme, daß Klägerin seine Offerte ablehne, war Beklagter um so mehr befugt, als ja Klägerin, wie sie selbst behauptet, zweimal, wie Beklagter nachträglich einräumt, einmal an Beklagten geschrieben hat, daß sie eine kürzere Lieferungszeit wünsche. Wollte nach solchen Aeußerungen und Anträgen die Klägerin auf die Offerte des Beklagten eingehen, so mußte dies in einer ausdrücklichen Erklärung geschehen, und wenn auch nicht sofort, so doch innerhalb so kurzer Zeit, daß Beklagter nicht aus dem Schweigen der Klägerin auf Ablehnung seines Antrages und damit des ganzen Geschäfts zu schließen Veranlassung hatte. Ob Klägerin irrthümlicherweise den Contract für bereits schlüssig zu Stande gekommen erachtete, ist dabei gleichgültig und darf dem Beklagten nicht zum Nachtheil gereichen. War ferner auch die vom Beklagten verlangte Lieferungszeit noch nicht abgelaufen, so kann es doch nicht genügen, wenn die Klägerin nur innerhalb dieser Frist ihr Einverständniß erklärte, sondern Beklagter und resp. die hinter ihm stehende Gesellschaft mußten bei Zeiten wissen, wie sie daran waren, um das Geld beschaffen und vor allem ihre sonstigen Speculationen danach einrichten zu können. Beklagter brauchte sich daher nicht darauf einzulassen, wenn es der Klägerin 9 Monate später dennoch beliebte, seinen Vorschlag zu acceptiren. Allerdings aber fordert in den Fällen, wo keine Frist für die Annahme gesetzt und nicht etwa — wie in dem bei Seuffert Archiv VI. 168 mitgetheilten Falle — seit der Offerte eine so lange Zeit verflossen ist, daß vernünftigerweise der Acceptant gar nicht daran denken kann, den Offerenten noch bereitwillig zu finden, die bona fides vom Offerenten, dem verspätet Acceptirenden sofort zu erklären, daß er sich an sein Angebot nicht mehr gebunden halte, wenn er nicht etwa solche Erklärung schon vorher abgegeben hatte. Andern-

falls verführt er den Acceptanten zu dem Glauben, daß dessen Acceptation, wenngleich verspätet, noch ein offenes Ohr gefunden habe.

Vgl. Scheurl in Jahrb. für Dogmatik. Bd. 2. S. 261.

Die Antwort welche der Beklagte auf die im December 1873 bewirkte Zusendung des Schlußzettels erst im November 1874 erlassen hat, könnte als Erfüllung solcher Verbindlichkeit freilich nicht mehr angesehen werden; aber Beklagter hat ausdrücklich und wiederholt behauptet (Einredenskizze und Protokoll), gleich nachdem er von dem Eingang und Rücklauf eines recommandirten, mit dem klägerischen Firmastempel versehenen Schreibens Kunde erhalten, der Klägerin erklärt zu haben, daß er sich an seine Offerte nicht mehr gebunden erachte. Ist dies wahr, so durfte die Klägerin auf eine spätere Genehmigung ihrer Acceptation keinesfalls mehr rechnen. Da die Klägerin die desfällige Behauptung replicando in Abrede gestellt hat, so muß Beklagter den Beweis derselben übernehmen.

34.

Ferdinand Gutmann zu Bremen, Kläger, wider Hermann Abbes jun., in Firma Franz Hermann Abbes & Co. daselbst, Beklagten, wegen Herausgabe von Schulddocumenten.

Urtheil vom 18. Juli 1876.

Nach Bremischem Rechte findet die Rechtsregel „Hand muß Hand wahren" bezw. der §. 306 des Handelsgesetzbuches auf Forderungen, über welche Urkunden ausgestellt sind, Anwendung.

Es heißt in den Entscheidungsgründen:

Dem angefochtenen Erkenntniß konnte mit Rücksicht auf das Bremische Particularrecht, insbesondere den §. 123 der Erbe- und Handfestenordnung, nicht beigestimmt werden. Das Ober-Appellations-Gericht hat bereits früher in der Sache Cornelius wider Meier sich über die Einwirkung des gedachten Bremischen Gesetzes auf

die Tragweite der Regel „Hand muß Hand wahren“ ausgesprochen, dies Erkenntniß ist von der ersten Instanz durchaus richtig aufgefaßt worden, und das Ober-Appellations-Gericht kann sich durch die Rechtsausführungen des Klägers und der vorigen Instanz nicht veranlaßt finden, von seiner bisherigen Auffassung abzugehen. Gewiß bezieht sich die Rechtsregel „Hand muß Hand wahren“, wo sie gilt, und ebenso die, das örtliche Anwendungsgebiet derselben erweiternde und ihre Voraussetzungen präcisirende, Bestimmung des §. 306 Handelsgesetzbuch lediglich auf körperliche Sachen, aber ebensowenig läßt sich bestreiten, daß wenn und soweit das Bremische Recht Forderungen den körperlichen Sachen rechtlich gleichstellt, damit auch die Ausdehnung der Anwendbarkeit jener Vorschriften auf Forderungen gegeben ist. Zur Statuirung dieser Prämisse aber muß man gelangen, wenn man nur bei dem natürlichen Wortverstande des §. 123 der Erbe- und Handfestenordnung stehen bleibt. Heißt es hier:

„die bloße Ueberlieferung der das Recht des Schuldners „oder eines sonstigen Verpfänders an dem zu verpfändenden „Gegenstande nachweisenden Urkunden an den Gläubiger „bewirkt den Uebergang des Besitzes nicht, ausgenommen „in folgenden Fällen:

1) — — — — — — — — — — —

2) „bei Verpfändung einer Forderung. An dieser „erlangt der Gläubiger das Recht des Faustpfands, sobald „ihm die über solche Forderung ausgestellte Urkunde über„geben wird.“

so ist damit gesagt, daß durch Ueberlieferung der Urkunde über eine Forderung Besitz an der verbrieften Forderung erworben wird. Dies ist denn nur so aufzufassen, daß das Bremische Recht bei verbrieften Forderungen sich das Forderungsrecht dergestalt in der Urkunde verkörpert denkt, daß sich Erwerb und Verlust der Forderung folgeweise nach sachenrechtlichen Grundsätzen regeln. Dabei kommen Handfesten immer nur als Accessorien der Forderug in Betracht, für welche sie versetzt sind, unbeschadet der Bestimmung in §. 113 der Erbe- und Handfestenordnung. Daß dieser Auffassung nur die Entscheidung der ersten Instanz entspricht, bedarf hier keiner weiteren Erörterung Zwar begründet nun die rechts-

widrige Veräußerung der dem Dr. Setzer blos zur Einklagung anvertrauten Urkunden den Thatbestand einer Unterschlagung, das rechtfertigt aber nicht etwa, auch wenn man die bloß vom Beklagten behauptete, vom Kläger aber geleugnete, Thatsache gleichwohl als zur Substantiirung einer Replik dienlich erachten wollte, die Urkunden als gestohlen und deshalb der Anwendung der deutschrechtlichen Regel entzogen zu behandeln, wie dies für das Lübische Recht Maevius annimmt, indem er einen Unterschied aufstellt, je nachdem die Hingabe im Interesse des Empfängers erfolgt sei oder nicht.

Maevius ad j. Lubec. III. 2 Art. 2 n. 19.

Eine solche Unterscheidung macht nämlich das ältere Bremische Recht nicht;

cf. Post, Brem. Privatrecht II. §. 52 u. 53.

und es braucht daher nicht einmal auf das Handelsgesetzbuch, welches in Art. 306 nur für verlorene und gestohlene Sachen eine Ausnahme gestattet und in Art. 308 particularen Rechten nur soweit Raum giebt, als sie für den gutgläubigen Erwerber noch günstiger sind, recurrirt zu werden.

35.

Bremer Jute-Spinnerei und Weberei Aktiengesellschaft zu Bremen, Implorantin, die Eintragung einer Statutenänderung in das Handelsregister betreffend.

Urtheil vom 9. September 1876.

Die Veröffentlichung der Bekanntmachungen der Aktiengesellschaften hat nach §. 210 Ziffer 6 des Handelsgesetzbuchs in mehreren öffentlichen Blättern zu erfolgen.

Die Implorantin hatte beschlossen, ihre Bekanntmachungen nur durch die Weserzeitung zu veröffentlichen. Die Eintragung dieses Beschlusses in das Handelsregister wurde in allen Instanzen abgelehnt, vom Ober-Appellations-Gericht mit folgenden Gründen:

daß den Entscheidungsgründen der vorigen Instanzen beigetreten werden muß, und zwar um so mehr, als gerade bei den hier in Frage stehenden formalen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches eine scharfe Abwägung der gewählten Ausdrücke vorauszusetzen ist, und danach die gleichmäßige Hervorhebung einer Mehrzahl von öffentlichen Blättern in den Art. 175 No. 8, Art. 176 No. 5, Art. 209 No. 11, Art. 210 No. 6, Art. 243, Art. 245 des Handelsgesetzbuches, sowie in den entsprechenden Artikeln der Novelle vom 11. Juni 1870, nicht den bloßen Gebrauch einer freieren Sprachform, sondern der bestimmten Absicht, den Bekanntmachungen eine größere Verbreitung zu sichern, zugeschrieben werden muß;

daß der Anwalt der Appellantin sich hiergegen zwar auf die Vorberathungen zu den Art. 13 und 14 des Handelsgesetzbuches (Art. 9 und 10 des Entwurfs) berufen hat (Protok. p. 62 ff. 896), wonach eine Bekanntmachung „in den Amtsblättern" als genügend vorausgesetzt worden sei, obwohl es für jeden Bezirk nur ein Amtsblatt zu geben pflege;

daß dieses Argument sich jedoch schon deshalb als unzutreffend darstellt, weil die angeführte Discussion lediglich auf diejenigen gerichtlichen Bekanntmachungen Bezug hatte, für welche der Art. 14 des Gesetzes, gleich dem Art. 10 des Entwurfes, ausdrücklich das Einrücken in ein oder mehrere öffentliche Bläter frei läßt.

36.

Conrad Müller zu Woltmershausen, Kläger, wider Jacob Albrecht daselbst, Beklagten, Einräumnng der Benutzung eines Immobile betreffend.

Urtheil vom 4. November 1876.

Substantiirung der Klage aus einem Precarium.

Die Entscheidungsgründe führen aus:

Was die Sache selbst betrifft, so beschwert sich der Kläger,

wie in voriger Instanz, darüber, daß die Klage angebrachtermaßen abgewiesen und nicht vielmehr auf Beweis derselben erkannt worden ist. Zieht man die Verhandlungen erster Instanz in Betracht, so ist in der Klagcitation behauptet worden, es sei zwischen den Parteien vereinbart, daß die nutzbringende Verwaltung des Hauses Nr. 400 zu Woltmershausen, – welches Kläger im Jahre 1860 auf einem fremden Grund und Boden gebaut habe, jedoch nicht auf demjenigen, woran er seine Rechte durch den Uebergabe-Vertrag vom 19. April 1858 dem Beklagten abgetreten habe, — dem Beklagten auf beliebigen Widerruf des Klägers eingeräumt sein solle, demgemäß Beklagter in dieser Zeit die Miethgelder und sonstigen Nutzungen des Hauses für sich einzuziehen und dagegen die Zahlung der Versicherungsgelder, der Grundsteuer und der Zinsen eines vom Kläger zum Hausbau geliehenen Capitals von 200 Thlr. zu übernehmen habe.

Während der Beklagte zwar einräumte, bisher stets allein die Lasten des Hauses getragen und die Miethen eingezogen zu haben, das bezeichnete Vertragsverhältniß aber in Abrede stellte und das Haus vielmehr seinerseits auf der ihm vom Kläger im Jahre 1858 abgetretenen Bodenfläche gebaut haben wollte, fügte der Kläger in der Replik seinen Angaben noch hinzu: in der dem Beklagten als Vertragspflicht obliegenden Wiedereinräumung der Verwaltung des Hauses sei implicite die Einräumung des Besitzes begriffen.

Wie keiner weiteren Ausführung bedarf, haben die vorigen Instanzen mit Recht angenommen, daß sich aus dem Vorbringen des Klägers kein Anspruch auf Schutz eines dinglichen oder Besitzrechtes construiren läßt. Es konnte sich daher nur fragen, ob genügendes für ein obligatorisches Rechtsverhältniß angeführt sei. Die vom Kläger behauptete Vereinbarung der Parteien stellt sich als ein unbenannter Contract dar, vermöge dessen dem Beklagten bis auf weiteres die Nutzung des fraglichen Hauses überlassen wurde, wogegen dieser sich verpflichtete während der Nutzungszeit die Lasten des Hauses zu tragen und bei Beendigung derselben diese „nutzbringende Verwaltung" dem Kläger wieder einzuräumen. Insofern der Kläger zu völlig beliebigem Widerruf befugt sein sollte, gehört der Vertrag unter den besonderen Begriff des precarium, welches im neueren Römischen Recht auch als wahres Vertrags-

verhältniß, mit der für die Rückforderung des überlassenen Gegenstandes gegebenen actio praescriptis verbis, vorkommt.

l. 2. §. 2. l. 19. §. 2. D. h. t. (43, 26)
v. Vangerow, Pand. III. §. 691 sub II, 3.
Windscheid, Pand. II. §. 376.

Einige Unklarheit veranlaßt nur der in der Klage gebrauchte Ausdruck „nutzbringende Verwaltung". Es muß indessen zunächst die erläuternde Angabe der Replik, in der dem Kläger wieder einzuräumenden Verwaltung sei implicite die Einräumung des Besitzes begriffen, hinzugenommen werden. Da die zu einem juristischen Besitz erforderlichen Thatsachen nicht angeführt sind, so kann hierunter offenbar nur die Detention des Hauses verstanden werden. Danach fehlt zur Substantiirung eines precarium nur die ausdrückliche Behauptung, daß der Kläger seiner Zeit dem Beklagten die Detention des Hauses zur widerruflichen Benutzung des letzteren überliefert habe. Denn daß ein als precarium zu charakterisirender Vertrag auch über eine vom Hingebenden bloß detinirte Sache abgeschlossen werden kann, unterliegt keinem Zweifel. Jene Behauptung aber mußte wenigstens als implicite aufgestellt angesehen werden. Wenn der Kläger anführt, er habe das Haus No. 400 gebaut, und daran unmittelbar die Behauptung anknüpfte, er habe vermöge getroffener Vereinbarung die nutzbringende Verwaltung des Hauses dem Beklagten auf beliebigen Widerruf eingeräumt, so kann man dies nicht anders verstehen, als daß Kläger das Haus selbst, welches er als Erbauer in Händen gehabt, dem Beklagten zur nutzbringenden Verwaltung übergeben habe. Das wird denn auch durch die erwähnte Angabe der Replik von der Wiedereinräumung des Besitzes noch bestätigt.

Hiernach war die Klage für nothdürftig substantiirt zu erachten. Auch konnte in der etwas unpassend formulirten Klagbitte kein Hinderniß für ihre Aufrechthaltung gefunden werden. Denn der Kläger hat vorher bestimmt zu erkennen gegeben, daß der Beklagte vermöge eines abgeschlossenen Vertrages schuldig sei, ihn wieder in die Verwaltung des Hauses einzusetzen. Nur dies konnte also mit dem Verlangen, „Kläger solle für den zur Verwaltung des Hauses allein Berechtigten erklärt werden", gemeint sein. Es war somit dem Kläger als Bedingung einer, der

so verstandenen Klagbitte entsprechenden Verurtheilung der im Urtheil normirte Beweis aufzulegen.

Da ein auf Gebrauchs-Ueberlassung gerichtetes precarium an einer Sache, deren Gebrauch dem Empfänger schon kraft eignen Rechtes zusteht, keinen rechtlichen Bestand haben kann, so mußte dem Beklagten auf Grund der von ihm aufgestellten Behauptungen der Einredebeweis nachgelassen werden, daß das fragliche Haus auf demjenigen Grund und Boden stehe, an welchem ihm das Nutzungsrecht des Klägers durch den Uebergabe-Vertrag vom 19. April 1858 überlassen worden sei. Es genügte aber, den Beweissatz so zu fassen, da der Kläger für den Fall, daß die bemerkte Thatsache bewiesen werden sollte, nichts vorgebracht hat, was die Schlußfolgerung von dem Nutzungsrecht des Beklagten an der Bodenfläche auf das Nutzungsrecht an dem darauf stehenden Hause zu beseitigen vermöchte.

37.

Die Gemeinde Niederblockland, Klägerin, wider Wilhelm Flothmeyer, Friedrich Harjes, Albert Harjes und Frerk Garbarde zu Niederblockland, Beklagte, Wegegerechtigkeit betreffend.

Urheil vom 5. December 1876.

Die actio negatoria setzt nicht die Anmaßung einer Servitut, sondern nur irgend einer Verletzung des Rechtes des Eigenthümers auf ausschließliche Benutzung der Sache voraus.

Einwand, daß der benutzte Weg ein öffentlicher sei, und Berufung auf obrigkeitliche Anordnung.

Passivlegitimation bei der actio negatoria.

Die Entscheidungsgründe führen aus:

Ihre erste auf gänzliche Abweisung der Klage gerichtete Beschwerde stützen die Beklagten auf den vermeintlichen Mangel der Passivlegitimation und die behauptete Liquidität der erhobenen

Einrede. Beide Gründe konnten für zutreffend nicht erachtet werden. Was zunächst den ersteren betrifft, so geht nach der richtigen Ansicht die actio negatoria gegen Jeden, der das Recht des Eigenthümers auf ausschließliche Benutzung der Sache oder ausschließliche Disposition über dieselbe verletzt, ohne daß dabei die Anmaßung einer Servitut vorausgesetzt würde. Solcher Verletzung haben Beklagte sich jedenfalls geständigermaßen dadurch schuldig gemacht, daß sie über das Grundstück gefahren sind und zwar unter Umständen, die eine Wiederholung befürchten lassen. Ihnen gegenüber muß also die Klagbitte so lange als berechtigt erscheinen, bis nachgewiesen ist, daß auf dem klägerischen Grundstück die Last eines öffentlichen Fahrweges ruht. Den von den Beklagten citirten entgegenstehenden Aussprüchen mehrerer oberster Deutscher Gerichte konnte vom Standpunkte des gemeinen und Bremischen Rechts nicht beigepflichtet werden. Das Münchener Erkenntniß (Seuffert Bd. 17 No. 285) kommt hier schon um deswillen nicht in Betracht, weil die dort verneinte Zulässigkeit des Rechtsweges für Bremen durch §§. 1 und 9 der Wegeordnung von 1871 ausdrücklich anerkannt ist.

Vergl. übrigens auch Seuffert Arch. Bd. 25. No. 75 und Bd. 28, No. 247.

Das ferner angezogene, bei

Seuffert Bd. 21 No. 19

abgedruckte Erkenntniß des Ober-Appellations-Gerichts zu Jena geht — im Gegensatz zu einem älteren Spruch desselben Gerichts

a. a. O. Bd. 7, No. 9 —

von der irrigen Voraussetzung aus, daß nur durch Anmaßung einer Servitut in das Eigenthum eingegriffen werde; es geschieht dies aber mit jeder unbefugten Benutzung der Sache, einerlei, ob und auf welchen Titel dieselbe vom Beklagten zu stützen versucht wird. Die Statthaftigkeit einer Klage deshalb zu verneinen, weil vermuthlich schon die Anrufung und Intervention der betreffenden Verwaltungsbehörden genügen würde, den Beklagten, welcher nur einen vermeintlich öffentlichen Weg benutze, von ferneren Störungen abzuhalten, ist selbst in solchen Fällen, wo diese Vermuthung nicht wie hier von vornherein ausgeschlossen ist, kein ausreichender Grund vorhanden. Das dritte von den Beklagten citirte Erkenntniß

des Mannheimer Oberhofgerichts (Seuffert, Bd. 13, No. 130) giebt zu, daß zwar jeder Grundeigenthümer, welcher in seinen Eigenthumsrechten gestört wird, immer unmittelbar gegen den Störer selbst klagen könne, auch wenn dieser ein Recht zur Störung, z. B. als Pächter, von einem dritten herleite. Allein in einem solchen Falle könne der Störer nur zur Schadloshaltung angehalten werden, während, wenn über das Recht des dritten entschieden werden solle, der desfällige Streit nur mit diesem selbst ausgetragen werden könne. Das ist allerdings richtig, wenn über das Recht des dritten mit rechtlicher Wirkung gegen diesen selber entschieden werden soll. Im übrigen ist nicht einzusehen und findet keinerlei Begründung im gemeinen Recht, daß gegen den Störer nur auf Schadloshaltung und nicht auf Unterlassung fernerer Störung geklagt werden könnte. Ob es im Hinblick auf die Tragweite der res judicata zweckmäßig ist, gegen den Störer und nicht lieber gleich gegen denjenigen zu klagen, von welchem jener sein Recht ableitet, ist eine ganz andere Frage, deren Entscheidung aber lediglich dem Ermessen des Klägers anheimfällt, welchem der Richter hierin keinerlei Vorschriften zu machen hat. In der Richtung gegen den Störer, auch wenn dieser sich auf ein breiter fundirtes Recht beruft, bleibt die Klage bis zum Nachweise dieses Rechtstitels begründet. Daneben muß es freilich dem Beklagten unbenommen aber auch überlassen bleiben, seinerseits eine accessorische Intervention der sonstigen Interessenten bezw. der zu ihrer Vertretung berufenen Organe zu veranlassen, oder auch — wenn die Sache danach liegt, wie z. B. beim Pächter — sich durch auctoris laudatio aus dem Streite heraus zu ziehen. Von dem allen ist hier nichts geschehen. Völlig schief fassen Beklagte die Sache in dieser Instanz dahin auf, als hätten sie, indem sie den Weg befuhren, nur eine obrigkeitliche Anordnung befolgt und könnten dafür nicht verantwortlich gemacht werden. Das richtige ist, daß sie sich auf eine obrigkeitliche Ermächtigung verlassen haben, durch welche sie nur dann gedeckt wären, wenn die Wegbehörde jedes Terrain für einen öffentlichen Weg schlechthin und wirksam erklären könnte. Das wollen Beklagte aber selbst nicht behaupten.

38.

Die Direction des Abwässerungsverbandes für Oslebshausen, Grambke u. s. w., Klägerin, wider Hermann Diedrich Bosse zu Burg, Beklagten, wegen Abkündigung und Lassung eines Immobile.

Urtheil vom 16. December 1876.

Zur Auslegung des §. 16 des Bremischen Expropriationsgesetzes vom 14. Juni 1843.

In den Entscheidungsgründen heißt es:

In der Sache selbst kann es dahin gestellt bleiben, ob auf die in Rede stehende Enteignung die Vorschriften des Expropriationsgesetzes vom 14. Juni 1843 direct Anwendung finden können. Die analoge Anwendbarkeit derselben wird sich nicht bestreiten lassen und so dann namentlich auch die des §. 16, wonach auch „die besonderen Nachtheile", welche der Expropriat durch die Expropriation erleidet, Berücksichtigung finden sollen. Als solchen „besonderen Nachtheil" hat nun aber das Ober-Appellations-Gericht zu wiederholten Malen

in S. Osmers ca. Köln Mindener Eisenbahn, und
Mecklenb. Schwerinische Regierung ca. Isernhagen
(Kierulff, Samml. VI. S. 547 ff.)

die schlechtere Lage erkannt, in welche der Expropriat dadurch versetzt wird, daß er nach der Abtretung eines Stückes von seinem Grundbesitz Hantirungen auf demselben, die seinem ihm verbleibenden Lande nachtheilig werden, und die er bis dahin vermöge seines Eigenthumsrechts ausschließen konnte, nunmehr sich gefallen lassen muß. So verhält es sich auch hier. Aus freier Hand würde Beklagter sein Land zu einem concurrirenden Gewerbebetriebe — zumal einem unter günstigeren Bedingungen als er selber producirenden Betriebe — entweder garnicht, oder doch nur gegen Vergütung seines Interesses im erhöhten Kaufpreise abgetreten haben. Gewiß hätte er daher im Schätzungsverfahren, wenn er von der beabsichtigten Verwendung der Maschinen zu sonstigem Betriebe wußte, die Berücksichtigung seines desfälligen Interesses begehren können. Seine rechtliche Lage ist sogar eigentlich noch

günstiger als in den Fällen der angeführten Präjudicate: da die Verpflichtung zur Abtretung nicht weiter reicht, als die mit Expropriationsrecht ausgestattete Unternehmung solche erheischt, so braucht er an sich das Land nur mit dem Vorbehalt seines Verbietungsrechts wenn auch nicht gegen jede anderweitige Benutzung, welche durch den Zweck des Unternehmens nicht unbedingt geboten wird, — weil dies am Ende das Recht der Klägerin auf ein bloßes Benutzungsrecht zum Zwecke des Unternehmens beschränken würde, während nach dem Gesetze „das Land" abgetreten werden soll — wohl aber gegen solche einzelne Benutzungsarten welche ihm schaden, ohne für den Zweck des Unternehmens erforderlich zu sein, herzugeben. Freilich muß er es der Entscheidung des Landherrn, vorbehältlich nur eines Recurses an den Senat, überlassen, ob das Interesse der Unternehmung nicht das Aufgeben eines solchen Vorbehalts verlangt, welchenfalls dann bei der Ausmessung der Entschädigung das Interesse des Abtreters wegen des Verlustes dieser Sicherheit gegen einen nachtheiligen Gewerbebetrieb auf dem abgetretenen Lande seine Berücksichtigung finden muß. Es folgt aber daraus, daß Beklagter in erster Linie beanspruchen kann, bei der Abtretung gegen solchen ihm schädlichen und durch den Zweck der Enteignung nicht nothwendig bedingten Gewerbebetrieb sicher gestellt zu werden.

Die Geltendmachung dieses seines berechtigten Interesses darf dem Beklagten nicht deshalb für abgeschnitten erachtet werden, weil es erst nach beendigtem Schätzungsverfahren hervortritt.

Hätte freilich Beklagter schon zur Zeit wo das Schätzungsverfahren noch im Gange war, die Absicht der Verbandsdirection, anderweite Benutzung der Maschinenkraft zu gestatten, gekannt und es gleichwohl unterlassen, seinen betreffenden Vorbehalt zur Berücksichtigung bei der Abschätzung anzumelden, so würde er allerdings als auf seine desfälligen Ansprüche verzichtend angesehen werden müssen. Daß Beklagter damals diese Kunde gehabt, bestreitet er, und Klägerin behauptet nirgends das Gegentheil. Sache der Klägerin wäre es aber gewesen, eine solche Behauptung aufzustellen und demnächst zu beweisen. Denn Beklagter hatte aus dem Zwecke der Expropriation weder Veranlassung zu vermuthen, daß das Land zu einem mit dem Verbandszwecke nicht in Verbindung stehenden

Betriebe werde benutzt werden, noch auch Nachforschungen anzustellen, ob derartiges etwa beabsichtigt werde. Will man nicht gar sagen, es sei die Pflicht der Klägerin gewesen, den Beklagten rechtzeitig von ihrer Absicht in Kenntniß zu setzen, so war auf alle Fälle die Kunde von solcher Absicht auf Seiten des Beklagten etwas zufälliges, von ihm nicht zu verlangendes, welches von demjenigen behauptet und bewiesen werden muß, welcher rechtliche Folgen, hier die Annahme eines stillschweigenden Verzichts, für sich daraus herleiten will. — Klägerin behauptet in dieser Richtung nur, Beklagter habe die Pflicht zur Lassung durch Ernennung eines Taxators anerkannt. Die Pflicht zur Lassung im Allgemeinen bestreitet Beklagter auch jetzt nicht und mehr kann überall aus der bloßen Ernennung eines Taxators nicht gefolgert werden. Die Thatsache dagegen, daß Beklagter bei Ernennung resp. Instruction der Taxatoren bereits von der fraglichen Absicht der Klägerin unterrichtet gewesen sei, ist nicht, oder doch nicht mit genügender Deutlichkeit, behauptet worden.

Auch in dem von der Klägerin als Anlage 4 zur Replik producirten Briefe des Beklagten ist kein Verzicht zu befinden. Beklagter erwähnt hier zunächst einer ihm zugegangenen Aufforderung zur Lassung und des Angebots der Bezahlung unter der Bedingung, daß Beklagter an die Lassung keinerlei beschränkende Vorbehalte knüpfe. Wenn Beklagter sich dann mit zur Zeit noch bestehenden Schwierigkeiten in Betreff seiner Legitimation als Eigenthümer entschuldigt, sodann bittet, den Lassungsantrag bis zur Beseitigung jener Schwierigkeiten ruhen zu lassen, auch das Geld so lange in Gewahrsam zu behalten, und schließlich die Hoffnung ausspricht, „es werde dann nichts im Wege sein, um auch die Abtretungsangelegenheit an den Verband schnell ordnen zu können", so ist damit keineswegs gesagt, daß er jene beschränkenden Bedingungen jetzt fallen lasse, sondern er kann sie sehr wohl zu denjenigen Punkten gezählt haben, deren Ordnung noch erst erforderlich war, wenn er auch immerhin hoffte, daß die letztere sich leicht machen werde. Auch die Bitte, das Geld aufzubewahren, schließt nicht nothwendig eine vorbehaltlose Annahme der angebotenen Summe ein, aus welcher dann ein Verzicht auf jene beschränkenden Bedingungen sich folgern ließe, sondern kann

auch bloß die Abwendung einer Deposition des Geldes auf Kosten des Beklagten bezwecken.

Der Grund des solchergestalt als berechtigt anzuerkennenden Anspruchs des Beklagten auf Sicherstellung ist das Eigenthum des Beklagten an dem abzutretenden Lande und das hieraus bisher resultirende Verbietungsrecht; hier sind denn auch die thatsächlichen Bedingungen dieses Anspruchs zu suchen, und es kommt somit wesentlich darauf an, ob — was Klägerin leugnet — das abzutretende Land selbst zu einem Betriebe benutzt werden soll, welcher dem Interesse des Beklagten wiederstreitet. Einen auf anderem Lande stattfindenden Concurrenzbetrieb zu hindern, würde Beklagter ja auch ohne die Expropriation nicht in der Lage gewesen sein. Daher war ihm der Beweis aufzuerlegen, daß die zum Maschienenbetriebe dienenden Gebäude ganz oder theilweise auf dem abzutretenden Lande erbaut seien oder erbaut werden sollen. Für den Fall der Erbringung dieses Beweises war die zweite Beschwerde im wesentlichen als erheblich zu erachten, nicht auch die erste, auf Abweisung der Klage gerichtete, da der Anspruch auf Lassung an sich begründet ist. — Direct auf Lassung mit dem Vorbehalt des Verbietungsrechts zu erkennen, schien deshalb nicht angemessen, weil Beklagter sich auch mit jeder anderen Art von wirksamer Sicherstellung zufrieden erklärt. Will Klägerin die Sicherheit durch Genehmigung eines Vorbehalts bei der Lassung gewähren, so geschieht jedenfalls dem Anspruch des Beklagten damit ein Genüge. Naturlich braucht sich die Sicherheitsbestellung nur auf einen solchen Gewerbebetrieb zu erstrecken, welcher der Sägemühle des Beklagten schädliche Concurrenz macht. Wenn Beklagter nach der Fassung der Beschwerde gegen jeden durch die Zwecke des Abwässerungsverbandes nicht unbedingt gebotenen Gewerbebetrieb gesichert werden will, so fehlt es für ein solches Verlangen an einem dasselbe begründenden rechtlichen Interesse. Wegen der eventuellen Befugniß der Klägerin, den Beklagten für seinen Anspruch auf Ausschließung des Concurrenzbetriebes zu entschädigen, bedurfte es eines Vorbehalts nicht.

39.

Hinrich Meyer und Johann Bätjer als Feld- und Weidegeschworne der Feldmark Habenhausen, Kläger, wider Tölke Wessels Ww., Hinrich Bothe, Johann Friedrich Ehlers, Engelbert Tölken, Gerd Bätjer, Hinrich Schierloh zu Habenhausen bei Bremen und Johann Bätjer zu Arsten bei Bremen, Beklagte, Weiderecht betreffend.

Urtheil vom 20. Februar 1877.

In deutschrechtlichen Realgemeinden oder Genossenschaften kann das Maaß der Nutzungsberechtigung des Einzelnen an der Gemeinheit im Verhältniß zu den übrigen Genossenschaftern nicht durch Mehrheitsbeschluß der Gemeinde abgeändert werden.

Ein Mehrheitsbeschluß, durch welchen die Genossenschaft über die von ihren Angehörigen auszuübenden Rechte in ihrer Gesammtheit beschließt, ist für alle Genossenschafter rechtsverbindlich.

Gegen eine Vergewaltigung der Minderheit durch Sonderinteressen der Mehrheitsmitglieder ist solchen Falls nicht im Rechtswege sondern im Verwaltungswege Schutz zu suchen.

Aus den Gründen:

Die Entscheidungsgründe des Obergerichts führen mit Recht aus, daß es sich im vorliegenden Falle nicht um römischrechtliche Servituten, sondern um ein deutschrechtliches Weidegenossenschaftsverhältniß handelt, und da in gegenwärtiger Instanz beide Parteien sich auf den gleichen Standpunkt stellen, so bedarf dieser Punkt einer erneuten Erörterung nicht. Der Streit spitzt sich vielmehr jetzt auf die Frage zu: ob in den deutschrechtlichen Realgemeinden oder Genossenschaften die den einzelnen Genossenschaftern als solchen zustehenden Nutzungsrechte durch einen Mehrheitsbeschluß der Gemeinde alterirt werden können? Behufs Beantwortung solcher Frage hat man sich natürlich zunächst danach umzusehen, was etwa das Bremische Particularrecht in dieser Beziehung vorschreibt. Hier

kann es nun nicht zweifelhaft sein, daß das in Rede stehende Gemeinschaftsverhältniß der Bauern und Köther von Habenhausen und zweier Ausmärker zu denjenigen Gemeinheiten gehört, von welcher §. 130 der Bremischen Landgemeindeordnung von 1870 redet, und rücksichtlich ihrer bestimmt, daß zwar im übrigen durch die Gemeinde-Ordnung daran nichts geändert werde, aber für die Beschlüsse der Interessenten die Bestimmungen der §§. 68 ff. der Gemeinde-Ordnung und des Abschnitts II derselben, letztere hinsichtlich der Bemessung des Stimmgewichts der Interessenten, in Anwendung kommen sollen. Wenn es nun in §. 69 cit. heißt: „die Beschlüsse sind nach Mehrheit der Stimmen zu fassen", so ist diese Bestimmung insofern allerdings von Wichtigkeit, als dadurch festgestellt wird, daß es in allen überhaupt zur Competenz einer Beschlußfassung der Interessentschaft gehörigen Angelegenheiten nur einer einfachen Mehrheit bedarf; was dagegen zu solcher Zuständigkeit gehöre, besagen die §§. 68 und ff. nicht, und daher reichen sie zur Beantwortung der oben aufgestellten Frage nicht aus. Für die Landgemeinden findet sich nun in den §§. 25 und 26 die Vorschrift, daß der Beschlußnahme durch Gemeindeabstimmung nur die Gemeindeangelegenheiten unterliegen, daß die Angelegenheit die ganze Gemeinde, nicht bloß einzelne Mitglieder oder einzelne Classen von Mitgliedern angehen muß, und über Privatrechte einzelner Mitglieder oder einzelner Classen von Mitgliedern durch Gemeindebeschluß nicht bestimmt werden kann. — Sind nun auch diese Paragraphen in §. 130 nicht ausdrücklich für anwendbar erklärt worden hinsichtlich der dort besprochenen Gemeinheiten, so können diese Vorschriften doch um so unbedenklicher für die Abgränzung des Bereichs der Verbindlichkeit von Interessentschaftsbeschlüssen zu Grunde gelegt werden, als sie in der That nichts enthalten, was nicht bei allen Genossenschaften und Corporationen schon durch die Natur der Sache gegeben wäre. Es kann sich daher nur fragen, ob die Nutzungsrechte, welche den Genossenschaftern als solchen zustehen, als Privatrechte derselben anzusehen sind, über welche aus diesem Grunde eine Beschlußnahme der Gesammtheit nicht stattfindet. In gewissem Sinne sind sie das allerdings, insofern es sich nämlich um das Maaß der Nutzungsberechtigung des Einzelnen im Verhältniß zu den übrigen Genossen handelt. Daher kann durch

Mehrheitsbeschluß weder einem einzelnen Genossenschafter sein Antheil ganz oder theilweise genommen, noch auch der bestehende Theilungsfuß im Ganzen abgeändert werden. Dagegen behält die Nutzungsbefugniß des Einzelnen, die er ja nur in seiner Eigenschaft als Genosse zu beanspruchen hat, stets die Natur eines bloß abgeleiteten Rechts, abgeleitet von dem Rechte der Gesammtheit. Dem kann es nur entsprechen, daß, was die Genossenschaft über die von ihren Angehörigen auszuübenden Rechte in ihrer Gesammtheit beschließt, auch von allen Genossenschaftern als für sich verbindlich anerkannt werden muß. Ein solcher Beschluß hat alle Criterien, welche §. 25 der Gemeinde-Ordnung für wirksame Gemeindebeschlüsse aufstellt: Er betrifft eine Gemeindeangelegenheit und geht die ganze Gemeinde, nicht bloß einzelne Mitglieder oder einzelne Classen von Mitgliedern an. — Gemeinheiten wie die in Rede stehende sind auf die altgermanische Feldgemeinschaft und die aus dieser hervorgegangenen Markgenossenschaften zurückzuführen. Bei diesen beschloß die Märkerversammlung über Alles, was die Gesammtheit der Genossen und die Einzelnen in ihrer Eigenschaft als Markgenossen, die Mark und ihre Benutzung betraf, wozu insbesondere hinsichtlich der Beweidung der Mark Zeit und Maaß der Weide und Mastung gehörte,

Vergl. v. Maurer, Markenverfassung §. 91.

und zwar wurde in diesen Versammlungen der Mehrheit der Stimmen die Entscheidung anheimgegeben.

v. Maurer, a. a. O. §. 102 (S. 359).

In der allmählichen Umwandlung der alten Markgenossenschaften in die heutigen Realgemeinden zeigt sich kein zwingender Grund zu der Annahme, daß es sich hier in dieser Beziehung jetzt anders verhalten müsse. Gleichwohl herrscht in der Wissenschaft viel Streit über die jura singulorum im Verhältniß zu den Beschlüssen der Genossenschaft.

Die hier vertretene Ansicht findet sich wieder in einer Reihe von Aussprüchen höchster Gerichte. Den von der vorigen Instanz citirten Präjudicaten schließt sich noch an ein Erkenntniß des Berliner Obertribunals im 29. Bande des Seuffert'schen Archivs No. 212. Wenn gegen die Heranziehung des einen ganz ähnlich gelegenen Fall behandelnden Erkenntnisses des Ober-Appellations-

Gerichts zu Cassel Bd. XVIII. No. 3 vom Beklagten eingewandt wird, daß hier ein in der betreffenden Genossenschaft bestehendes Herkommen behauptet und zum Beweise verstellt sei, wonach in dieser Genossenschaft stets durch Mehrheitsbeschlüsse die Zahl des aufzutreibenden Viehs bestimmt worden, so ist dagegen zu bemerken, daß allerdings die Vorinstanz solchen Beweis auferlegt hatte, aber weil derselbe auch als geführt erkannt wurde, nur die Gegenpartei sich über das Urtheil beschweren konnte, das Ober-Appellations-Gericht somit gar nicht in der Lage war, die Frage, ob es des Beweises überall bedurft hätte, zu prüfen, daß es dagegen ausführt: „die Aussagen der Zeugen, welche das zu Beweis gestellte Herkommen bekundeten, fänden insbesondere noch darin eine erhebliche Unterstützung, daß die Angaben beider Theile in Betreff der gemeinschaftlichen Weidefläche, schon soweit sie übereinstimmten, auf ein unter den Parteien bestehendes Verhältniß deutschrechtlichen Gesammteigenthums hinwiesen, aus einem Rechtsverhältnisse dieser Art aber die in dem Wesen desselben begründete Folge sich ergebe, daß die Angelegenheiten der Gemeinschaft, namentlich die Art und Weise der Benutzung des gemeinen Guts durch Mehrheitsbeschlüsse der Genossenschaft geordnet würden."

In dem gegenwärtig streitigen Falle kommt hinzu, daß nach Anl. 5 und 6 der Replik, (gegen welche Beklagte nur den Einwand der Irrelevanz erheben) gerade in der Gemeinde Habenhausen noch im Jahre 1828 „die Mehrheit der Gemeinheit" bezw. „die Mehrheit der Bauerschaft" eine Reduction der Weideberechtigung um $^1/_5$ beschlossen, und daß dieser Beschluß die Bestätigung des damaligen Landherrn, welcher danach doch wohl den Beschluß als einen ordnungsmäßigen erachtet haben muß, gefunden hat. Dieser Umstand würde darum von nicht minderer Bedeutung sein, wenn es sich damals auch um die Außendeichsweide gehandelt haben sollte. Daß auf solche Weise auch einmal eine soweit gehende Reduction beschlossen werden könnte, daß die Köther nicht einmal eine ganze Kuh auftreiben dürften, sondern sich mit anderen zu einer Weide zusammenthun müßten, kann freilich nicht in Abrede gestellt werden. Dagegen ist aber zu bedenken, einmal, daß der eigene Nutzen die Mehrheit der Genossen von solchen Beschlüssen zurückhalten wird, so lange nicht diese durch das gemeine Interesse

an Erhaltung des Weidebestandes geboten sind, und ferner, daß gegen eine Vergewaltigung der Minderheit durch Sonderinteressen der Mehrheitsmitglieder, soweit nicht dem Obigen nach eine Verletzung wirklicher Privatrechte in Frage stände und deshalb der Rechtsweg zu betreten wäre, Schutz im Verwaltungswege würde gesucht und gefunden werden, da diese Gemeinheiten der Aufsicht zunächst der Landherrenschaft unterstehen.

40.

Fr. Schultze zu Hannover, Kläger, wider Albert Encke zu Bremen, Beklagten, Forderung betreffend.

Urtheil vom 17. März 1877.

Wird bei Abschluß eines Vertrages der eine Contrahent von seinem Mitcontrahenten durch Täuschung zu einer ihm nachtheiligen Vertragsbestimmung verleitet, hat er nicht allein das Recht des Rücktritts vom Vertrage, sondern auch Anspruch auf eine dem wahren Sachverhalt entsprechende Berichtigung desselben.

Die Parteien hatten gemeinschaftlich die Ausführung der Maurerarbeiten an 2 Trockendocks und den Kaisermauern des Binnenhafens in Heppens übernommen. Im §. 5 des hierauf bezüglichen von ihnen abgeschlossenen Societätsvertrages war bestimmt, daß auch alle etwa späterhin seitens der Hafenbau-Commission zu vergebenden Nebenarbeiten unter die Bestimmung des Contracts, nach welcher der Reingewinn in näher vereinbarter Weise getheilt werden sollte, fallen sollten. Nach §. 9 desselben Vertrages sollten jedoch die von dem Beklagten bis dahin bereits übernommenen Arbeiten und „ebenso das ihm übertragene, aber noch nicht begonnene Betoniren der Trockendocks und des Binnenhafens“ hierbei nicht in Betracht kommen. Im §. 10 das. wurde eine besondere Vereinbarung über etwa später in Heppens zum Verding kommende Arbeiten von Seiten Preußischer Behörden ge-

troffen. Der Kläger behauptete nun, das Betoniren der Trockendocks und des Binnenhafens sei dem Beklagten zur Zeit des Vertragsabschlusses in Wirklichkeit noch gar nicht übertragen gewesen, sondern erst späterhin übertragen worden, der Beklagte habe ihm unwahrer Weise das Gegentheil, von welchem sodann bei Eingehung des Vertrages ausgegangen sei, vorgespiegelt. Er verlangte auf Grund dessen einen entsprechenden Antheil an dem aus dieser Arbeit erzielten Reingewinn. Die beiden ersten Instanzen hatten ihn mit diesem Anspruche abgewiesen. Das Ober-Appellations-Gericht erkannte reformatorisch; die Entscheidungsgründe enthalten Folgendes:

Die Beschwerde betrifft die in beiden Vorinstanzen ausgesprochene Abweisung des Anspruches auf den vertragsmäßigen Antheil des Klägers am Reingewinn aus der Uebernahme der Betonirung des Trockendocks und des Binnenhafens.

Die Vorinstanzen haben den Kläger zwar wohl für berechtigt gehalten für den Fall des Beweises der behaupteten Täuschung von dem ganzen Vertrage zurückzutreten, dagegen sei es keineswegs ausgemacht, daß ohne die Täuschung die fraglichen Arbeiten nicht gleichwohl von der Bestimmung in §. 5 des Contracts würden ausgenommen worden sein; Kläger wäre, wenn Beklagter auf der Ausnahme bestanden hätte, nicht in der Lage gewesen, ihn zum Aufgeben derselben zu nöthigen, sondern hätte nur seinerseits vom ganzen Vertrage zurücktreten können, wenn er sich dem Verlangen des Beklagten nicht fügen wollte. Daher fehle es an einem wirklichen Causalnexus zwischen der Täuschung und dem erlittenen Schaden.

So viel diese Argumentation auch für sich zu haben scheint, so wird sie doch in ganz wesentlich gleichgearteteten Fällen von den Quellen nicht gebilligt.

Vergl. l. 13, §. 4 und 5. D. de act. emti venditi; 19, 1.

In den beiden dort erörterten Fällen hätte der getäuschte Käufer resp. Verkäufer, wenn er den wahren Sachverhalt gekannt hätte, ebensowenig seinen Mitcontrahenten zwingen können, um so viel theurer zu kaufen, um so viel billiger zu verkaufen; ganz ebenso konnten diese Mitcontrahenten geltend machen, daß sie zu dem höheren resp. niedrigeren Preise niemals würden gekauft resp. verkauft haben. Wenn gleichwohl das Gesetz dem getäuschten Contrahenten nicht nur das Recht des Rücktritts vom Vertrage,

sondern einen Anspruch auf eine dem wahren Sachverhalt entsprechende Berichtigung des Contrakts gewährt, so geht es offenbar von dem Gedanken aus, daß der Contrahent, welcher sich eine Täuschung des andern Theils hat zu Schulden kommen lassen, sich nicht auf die Möglichkeit soll berufen dürfen, daß ohne diese Täuschung nicht ein Contrakt mit anderm Inhalt, sondern gar kein Contrakt zu Stande gekommen sein würde. — In dem hier zur Entscheidung stehenden Falle ist dieser Grundsatz um so unbedenklicher, als §. 5 des Contrakts eine ganz festbestimmte Norm dafür giebt, was Rechtens sein soll, soweit die in §. 9 stipulirte Ausnahme nicht Platz greift, so daß mit dem Wegfall dieser Ausnahme, als einer auf Täuschung beruhenden, einfach das Recht des §. 5 zur Anwendung kommen kann. Die Frage, ob die Betonirung des Trockendocks und des Binnenhafens zu den in §. 5 gedachten Nebenarbeiten gehöre, ist schon deshalb zu bejahen, weil es sonst an jedem Grunde gefehlt hätte, die streitige Arbeit in §. 9 ausdrücklich auszunehmen; und wenn die Ausnahme sich auf die in §. 10 behandelten Arbeiten beziehen sollte, sie füglich nach und nicht vor diesem §. besprochen sein würde.

Daher war dem Kläger der Beweis wie geschehen nachzulassen. Unwahr würde übrigens die Angabe des Beklagten, daß ihm die fraglichen Arbeiten bereits übertragen seien, auch dann nicht gewesen sein, wenn die Uebertragung nur unter der Hand und ohne die üblichen oder vorschriftsmäßigen Förmlichkeiten stattgefunden haben sollte, wenigstens wäre in diesem Falle dem Beklagten kein dolus zum Vorwurf zu machen.

41.

Dr. jur. Blendermann zu Bremen als Curator im Concurse der Gläubiger des Dr. jur. Elard Hoffschläger junr., Kläger, Impetrant und Intervent, wider Karl Gruner zu Bremen als Vollstrecker des Testaments des weil. Jost Siegfried Gruner zu Bremen, Beklagten und Impetranten, und Elard Hoffschläger senr. zu Hannover, Intervenienten, Arrest und Anerkennung einer Forderung betreffend.

Urtheil vom 26. Mai 1877.

Die Angabe des materiellen Bestimmungsgrundes der Cession ist zur Gültigkeit derselben nicht erforderlich.
Auslegung einer Urkunde.

Aus den Gründen:

In diesem Prozesse sind zwei verschiedene Streitigkeiten zu unterscheiden: einestheils der Streit zwischen dem Hoffschläger-schen Concurs-Curator und dem Gruner'schen Testamentsvollstrecker, anderntheils der Interventionsproceß zwischen Hoffschläger senr. und dem Hoffschläger'schen Concurscurator.

A., Im ersteren Rechtsstreit handelt es sich um Folgendes:

Der Hoffschläger'sche Concurs-Curator hat im ordentlichen Processe gegen den Gruner'schen Testamentsvollstrecker Klage erhoben auf Auszahlung von Zinsen des dem Gemeinschuldner aus dem vom Beklagten verwalteten Jost Siegfried Gruner'schen Nachlasse gebührenden Capitals und zugleich beantragt, diesen Erbanspruch des Gemeinschuldners mit Arrest zu belegen.

Der Beklagte und Impetrat gesteht zwar zu, daß der fragliche Anspruch auf einen Theil des Jost Siegfried Gruner'schen Nachlasses dem Gemeinschuldner Hoffschläger junr. zugestanden, behauptet aber, daß letzterer den Anspruch bereits vor Verlust des Verfügungsrechts dem Hoffschläger senr. abgetreten habe. Dieser Einwand ist liquide, da Kläger die Aechtheit der Cessionsurkunde vom 25. August 1868 einräumt und diese Urkunde zweifellos eine bedingungslose Veräußerung des fraglichen Erbschaftsanspruches an Hoffschläger senr. enthält.

Dieser liquiden Einrede gegenüber ist erheblich die Replik des Klägers, daß die äußerlich vorhandene Cession aus verschiedenen Gründen nichtig sei, — eine Behauptung, welche vom Kläger nicht bloß dem Intervenienten Hoffschläger senr., sondern auch dem Beklagten gegenüber vorgebracht ist; denn die Protokolle über die seit 31. Januar 1876 gepflogenen Verhandlungen sind dahin zu verstehen, daß der gemeinschaftliche Anwalt des Beklagten und des

Intervenienten in diesen Verhandlungen nicht nur für letzteren, sondern auch für den Beklagten aufgetreten sei.

Unerheblich ist dagegen dem Beklagten gegenüber die weitere Behauptung des Klägers, daß die Cession anfechtbar oder der Cessionar zur Rückcession verpflichtet sei. Denn der Streit über diese Behauptungen berührt nicht die gegenwärtige Wirksamkeit der Cession und ist lediglich dem Cessionar gegenüber zum Austrag zu bringen.

Die auf verschiedene Umstände gestützte Replik der Nichtigkeit und der Aufhebung der Cession ist in erster Instanz als unbegründet verworfen. Ob diese Entscheidung, wie das vorige Erkenntniß meint, rechtskräftig geworden, darf dahin gestellt bleiben, denn sie ist zutreffend.

Was nämlich

1., die Behauptung des Klägers betrifft, die Cession sei wegen mangelnder Angabe der causa cessionis nichtig, so genügt es wie zur Veräußerung des Eigenthums an einer Sache so zur Veräußerung eines Anspruches: wenn aus den vorliegenden Thatsachen ersichtlich ist, daß der Wille wirklich auf Uebertragung des Anspruches gerichtet ist. Die Angabe des materiellen Bestimmungsgrundes der Veräußerung ist weder hier noch dort erforderlich. Ueberdies aber ergiebt die Cessionsurkunde den mit der Cession verfolgten Zweck.

— — — — — — — — — — — — — —

B., Die Intervention des Hoffschläger senr. ist mit dem erstinstanzlichen Erkenntnisse als Haupt-Intervention aufzufassen, als eine vom Intervenienten wider den Hoffschläger'schen Concurs-Curator erhobene Klage auf Feststellung, wem von ihnen das bessere Recht auf den fraglichen Erbtheil zustehe. Für diese Ansicht spricht Folgendes: Die Feststellung des Gläubigerrechts bezüglich des fraglichen Erbtheils bildet den wesentlichen Inhalt des ganzen Rechtsstreits. Die Entscheidung dieser Frage hat für den Gruner'schen Testamentsvollstrecker an sich kein Interesse. Es ist daher naturgemäß, daß sie ohne dessen Mitwirkung in einem Processe zwischen den beiden Prätendenten zum Austrag gebracht werde. Nur in einem solchen Processe kann eine Entscheidung

über die wichtigsten Streitpunkte erwirkt werden, nämlich darüber, ob der Hoffschläger'sche Concurs-Curator die Cession mit Erfolg anfechten oder Rückcession verlangen könne. Zwar hat der Intervenient eine bestimmte Klagbitte nicht formulirt. Aber dieser Mangel ist für wesentlich nicht zu erachten, weil Intervenient nicht eine Leistung des Interventen, sondern nur einen richterlichen Ausspruch über die Person des Gläubigers begehrt.

Die Zulässigkeit der vom Intervenienten angestellten Praejudicialklage unterliegt keinem Bedenken. Die Klage ist durch die Cessionsurkunde begründet und liquide gestellt.

— — — — — — — — — — — — — —

Endlich behauptet Intervent, der Intervenient sei nach richtiger Auslegung der Cessionsurkunde gegenwärtig zur Rückcession des cedirten Anspruches verpflichtet. Auch dieser Einwand ist eine an sich erhebliche exceptio doli. Aber er ist unbegründet.

In der Cessionsurkunde wird einestheils vom Aussteller, dem Dr. Hoffschläger junr., ein dreifaches erklärt:

er erkennt an, seinem Vater bereits 8000 Thaler als Darlehen schuldig zu sein;

er erkennt an, bereits seinen Anspruch an den A. W. Grunerschen Nachlaß seinem Vater cedirt zu haben;

er erklärt, daß er seinen Anspruch auf den Siegfried Gruner'schen Nachlaß damit seinem Vater cedire;

anderntheils wird erwähnt die Verpflichtung des letzteren, fernere 4000 Thaler an Gläubiger des Cedenten zu zahlen.

Es fragt sich, ob diese Cessionen oder doch die Cession des Anspruches auf den Siegfried Gruner'schen Nachlaß geschehen sei mit der Auflage an den Cessionar, nach Tilgung seiner gegenwärtigen Forderung von 8000 Thlr. und seiner etwa demnächst entstehenden ferneren Darlehns-Forderungen den cedirten Anspruch an den Cedenten zurückzucediren.

Für die Bejahung dieser zweifelhaften Frage läßt sich nicht — wie im vorigen Erkenntniß geschehen — sagen: dem Cessionar sei die Verwaltung des cedirten Nachlasses unwiderruflich übertragen, denn jeder Auftrag ist widerruflich. Wohl aber spricht dafür die in der Cessionsurkunde enthaltene Bemerkung: die Cession geschehe

„zur Deckung“ für gegenwärtige und zukünftige Darlehns-Forderungen des Cessionars. Dieser Ausdruck möchte, wenn es an sonstigem Auslegungs-Material gebräche, im Sinne des Interventen auszulegen sein. Aber er kann auch eine zur Tilgung von Schulden geschehene Cession bedeuten. Für diese Auslegung spricht der Zweck des Cessionsgeschäfts, der offenbar dahin gerichtet war, die cedirten Ansprüche für die Gläubiger des Cedenten völlig unerreichbar zu machen, und mit entscheidendem Gewicht der Schlußsatz der Urkunde. Hierin erklärt der Cedent bestimmt, daß ihm auf Grund des Cessionsgeschäfts keinerlei Ansprüche an den Cessionar mehr zustehen. Hierdurch wird auch jeder Anspruch auf Rückcession ausgeschlossen.

42.

Eduard Werner zu Bremen, Kläger, wider Eilert Friedrich Fels zu Aumund, Beklagten, Forderung betreffend.

Urtheil vom 21. Juli 1877.

Dem Beklagten steht gegenüber der Klage aus einer Obligation, welche er behufs Erfüllung eines nichtigen Kaufvertrages ausgestellt hat, die exceptio doli dann nicht zu, wenn er bei Ausstellung derselben die Nichtigkeit des Kaufvertrages kannte.

Aus den Gründen:

Der von den Parteien am 8. März 1874 abgeschlossene Kaufvertrag betrifft mehrere im Bremer Landgebiete belegene Grundstücke, war daher nach §. 10 der Bremischen Verordnung vom 23. Januar 1826

> „innerhalb 4 Wochen nach dem Abschlusse bei Strafe der Nichtigkeit dem Landherrn zur Confirmation vorzulegen“,

und ist, da diese Vorlegung unterblieben, nichtig.

Gleichwohl ist derselbe thatsächlich insofern ausgeführt, als einerseits der Kläger den Besitz der verkauften Grundstücke Anfang October 1874 auf Beklagten übertragen und andererseits Beklagter

dem Kläger bedungener Maaßen auf den Kaufpreis 3450 Mark baar gezahlt und über den Rest von 6000 Mark die Darlehns-Obligation vom 30. September 1874 ausgestellt hat.

Ob diese dem Klaganspruche zu Grunde liegende Obligation einen selbstständigen, von der Gültigkeit des Kaufvertrages unabhängigen Verpflichtungsgrund enthält oder nicht, darf unentschieden bleiben. Denn die Klage ist in jedem Falle abzuweisen, — im Falle der Verneinung jener Frage schon wegen Mangels eines Klaggrundes, andernfalls wegen liquider Einrede.

In letzterer Beziehung ist folgendes erwogen:

Die zur Erfüllung des nichtigen Kaufvertrages, behuf Berichtigung eines entsprechenden Theils des vermeintlich geschuldeten Kaufpreises erfolgte Ausstellung der Obligation kann, obgleich Beklagter sie nicht schuldete und irriger Weise zu schulden glaubte, mittelst der condictio indebiti nicht angefochten werden, weil der Irrthum den Inhalt eines Gesetzes betraf, also in Ermangelung besonderer entgegenstehender Umstände als unentschuldbar zu behandeln ist. Aber die Obligation ist ausgestellt in der erkennbaren Voraussetzung, daß auch der Kläger den vermeintlich abgeschlossenen Kaufvertrag erfüllen, also nicht bloß den Besitz der Grundstücke auf Beklagten übertragen, sondern auch deren gerichtliche Lassung vornehmen werde. Da diese Voraussetzung nicht eingetreten ist und wegen Nichtigkeit des Kaufvertrages nicht mehr eintreten kann, so ist Beklagter befugt, die von ihm im voraus gemachten Leistungen zurückzufordern, sei es mit einer condictio sine causa, sei es mit der in

l. 30. D. 18, 1
l. 84, 5 D. de legatis I.

für ähnliche Fälle gegebenen actio emti. Dieses Rückforderungsrecht gewährt dem Beklagten gegenüber der Klage aus der Obligation eine exceptio doli.

Zwar ist Beklagter noch im Besitz der Grundstücke und zu deren Rückgabe zweifellos verpflichtet. Indeß hat Beklagter diese Verbindlichkeit nicht bestritten, vielmehr schon in der Vernehmlassung erklärt, daß die Grundstücke zur Verfügung des Klägers stehen Beklagter handelt daher nicht dolos, wenn er trotz Besitzes der Grundstücke die Honorirung der fraglichen Obligation verweigert.

Diese Weigerung wäre nur dann ungerechtfertigt, wenn Beklagter bei Ausstellung der Obligation die Richtigkeit des Kaufvertrages gekannt, — also gewußt hätte, daß Kläger zur Lassung der Grundstücke überall nicht verpflichtet sei. Indeß ist ein solches Wissen des Beklagten vom Kläger nicht behauptet.

43.

Christoph Herzog und Hinrich Bolte zu Bremen, Kläger, wider den Bremischen Staat, Beklagten, Entschädigung betreffend.

Urtheil vom 15. September 1877.

Interpretation der §§. 18 und 22 der Bremischen Verordnung, die Bauten und Straßenanlagen im Landgebiet betreffend, vom 29. Juli 1871.

Die Bestimmung des §. 15 b dieser Verordnung, wonach derjenige Grundeigenthümer, welcher nach der für eine bestimmte neue Straße getroffenen Anordnung des Senats und der Bürgerschaft die Straße in einer größeren Breite als der regelmäßigen von 10 Metern anlegen muß, für den Werth des zu der Straße mehr zu verwendenden Grundeigenthums und den Betrag der Mehrkosten der Herstellung dieser Verbreiterung eine Entschädigung vom Staate verlangen kann, findet auf diejenigen Straßen der in der Nähe der Stadt gelegenen Gebietstheile (Feldmark Neueland, Woltmershausen, Walle, Schwachhausen, Hastedt), welche in den Straßenplan (vom 12./15. Juli 1871 bezw. 22./28. Juli 1874) eingezeichnet sind und die nach §. 22 l. c. in der in diesem Plane vorgeschriebenen Breite ausgeführt werden müssen, keine Anwendung.

Die Fassung des §. 18 l. c. ist ungenau. Die Bestimmungen der §§. 1—17 des Gesetzes sollen für die vorgenanten Feldmarken nicht allgemein, sondern nur insoweit gelten, als ihnen nicht der Inhalt der „besonderen Bauvorschriften" (B. des Gesetzes) entgegensteht.

Aus den Gründen:

In dieser Sache handelte es sich um die Frage, ob die Bestimmung des §. 15 sub b der Verordnung von 1871, betr. die Bauten und Straßenanlagen im Landgebiet, wonach derjenige Grundeigenthümer, welcher nach der für eine bestimmte neue Straße getroffenen Anordnung des Senates und der Bürgerschaft die Straßen in einer größeren Breite als der regelmäßigen von 10 Metern anlegen muß, für den Werth des zu der Straße mehr zu verwendenden Grundeigenthums und den Betrag der Mehrkosten der Verbreiterung eine Entschädigung vom Staate in Anspruch zu nehmen berechtigt ist, auch auf diejenigen Straßen der „in der Nähe der Stadt gelegenen Gebietstheile“ (vergl. die „besonderen Bauvorschriften“ sub B. in jener Verordnung) Anwendung finde, welche in den Straßenplan eingezeichnet sind, und die nach §. 22 desselben Gesetzes in der in diesem Plane vorgeschriebenen Breite ausgeführt werden müssen. Die Meinung der Kläger nämlich, daß, welche Bedeutung man auch immer für die Feldmark Neueland dem angeführten §. 22 beilegen möge, jedenfalls die Verhältnisse der hier in Frage kommenden Feldmark Schwachhausen in tantum nicht dadurch berührt würden, war für offenbar irrig zu erachten. Die klägerische Deduction geht dahin: Die „besondern Bauvorschriften“ sub B. seien im J. 1871 überhaupt nur für die Feldmark Neueland gegeben; der Straßenplan vom 22./28. Juli 1874, wodurch für die hier fragliche Straße in Schwachhausen eine Breite von 15 Metern festgesetzt worden, komme eben daher hier überhaupt nicht als Straßenplan im Sinne des Abschnittes B in Betracht, sondern zweifellos nur als diejenige Verordnung für den einzelnen Fall, von welcher §. 15 sub b der Verordnung von 1871 spreche, und hieran habe dadurch Nichts mehr geändert werden können, daß ein Paar Tage später, am 31. Juli 1874, das Gesetz verkündet sei, wodurch der §. 18 der Bauordnung für das Landgebiet so abgeändert wurde, daß die „besonderen Bauvorschriften“ sub b sich von da an nicht mehr bloß auf die Feldmark Schwachhausen bezogen. Dies würde durchaus zutreffen, wenn es sich hier um eine zwischen dem 28. und 31. Juli 1874 unternommene Straßenanlage handelte; da aber eine weit später, erst unter der Herrschaft des Gesetzes von 1874 unternommene in

Frage steht, so kann auf den Umstand, daß der Straßenplan für Schwachhausen schon ein paar Tage eher festgestellt war, als der §. 22 der Bauordnung für das Landgebiet den Sinn hatte, daß auch die in diesen Plan eingezeichneten Straßen in der in ihm vorgeschriebenen Breite ausgeführt werden müssen, nichts mehr ankommen, und es liegt nicht anders, als hätte der §. 18 der Bauordnung für das Landgebiet von Anfang an die ihm durch das Gesetz vom 31. Juli 1874 sub 2 gegebene Fassung gehabt.

Die Entscheidung der oben bezeichneten Frage war nun übrigens nicht unzweifelhaft. Insbesondere konnte sich das Ober-Apellations-Gericht nicht alle von dem Obergericht für ihre Verneinung geltend gemachten Gründe aneignen. Vor allem konnte nicht angenommen werden, daß ihre Bejahung eine Abweichung von den früher von der Bremischen Baugesetzgebung in dieser Materie beständig befolgten Grundsätzen in sich schließen würde; denn eine solche Continuität war in der einschlagenden Bremischen Gesetzgebung überhaupt nicht zu erkennen, da die städtischen Bauordnungen von 1853 und 1863 und die hier in Betracht kommende Bauordnung für das Landgebiet von 1871 in den betreffenden Bestimmungen in mehr als einer Beziehung nicht unerhebliche Abweichungen unter einander aufzeigen.

Es war sogar nicht zu verkennen, daß der Wortlaut des §. 18, wonach außer (nicht etwa statt) den „allgemeinen Bauvorschriften", zu denen auch sämmtliche Bestimmungen des §. 15 gehören, für die bestimmten Feldmarken noch besondere gelten sollen, nicht minder der des §. 20, welcher schlechtweg auf die §§. 13—15 zurück verweist, den klägerischen Anspruch zu stützen geeignet sei.

Dennoch mußte eine Vergleichung der Wortfassung des §. 22 mit der des §. 15 sub a und b für die entgegen gesetzte Auffassung den Ausschlag geben. Der §. 22 besagt: „die — — Straßen müssen in der — — Breite ausgeführt werden." Nun ergiebt sich aber aus den in §. 15 gebrauchten Ausdrücken, daß mit dieser Wendung, in Verbindung mit der Bestimmung des §. 15 sub k, wonach das Grundeigenthum der anzulegenden Straßen auf Kosten des Unternehmers fördersamst der Gemeinde zu übertragen ist, vom Gesetze auf eine unentgeltliche Abtretung des betreffenden Straßenareals an die Gemeinde abgezielt wird. Denn

auch in §. 15 sub a heißt es nur: „neue Straßen müssen in der Regel in einer Breite — — — angelegt — — werden", und daß hiermit ohne Weiteres die unentgeltliche Abtretung gemeint ist, geht daraus hervor, daß in §. 15 sub b nur für den Fall einer besonders verfügten Verbreiterung als besondere Ausnahme festgesetzt wird: „er (der Eigenthümer) ist aber in diesem Falle berechtigt, — -- eine Entschädigung vom Staate in Anspruch zu nehmen."

Bei dieser Sachlage wird es denn allerdings unabweislich, in dem Worte „außer" im §. 18 und in dem Citate des §. 15 im §. 20 Ungenauigkeiten des Ausdruckes zu erblicken. Die wahre Meinung kann doch eben nur dahin gehen, daß die Bestimmungen der §§. 1—17, bezw. der §§. 13—15, auch für die in §. 18 genannten Feldmarken soweit gelten sollen, als ihnen nicht der Inhalt der „besondern Bauvorschriften" sub B entgegen steht. Diese Annahme ist um so unbedenklicher, als sich auch aus dem §. 23 ergiebt, daß das „außer" im §. 18 nicht streng zu nehmen ist; den §. 23 bestimmt ausdrücklich, daß jedenfalls §. 6 für die in §. 18 genannten Feldmarken nicht gelten soll.

44.

Dr. A. J. Blendermann zu Bremen als Vollstrecker des Testaments von Johann Eduard Gottfried Theulkuhl, Kläger, wider Carl August Rocholl und dessen Ehefrau Pauline Christine Johanne geb. Rasmall zu Bremen, Beklagte, testamentarische Verfügungen betreffend.

Urtheil vom 20. October 1877.

Nach Bremischem Gewohnheitsrechte gilt in Bremen das Princip der Umwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts.

In dringenden Fällen ist auch Einer von mehreren Testamentsexecutoren allein zu handeln befugt.

Aus den Gründen:

Die Beklagten haben gegen das bestätigende Erkenntniß des Obergerichts vom 23. März 1876 ihre Beschwerden voriger Instanz wiederholt. Von diesen stellt die erste Beschwerde das principale Verlangen auf, daß die in den vorigen Instanzen für an sich begründet erklärte eventuelle Klage, — wonach die Beklagten verurtheilt werden sollen, dem Kläger zusammen mit dem Beklagten Rocholl die Verwaltung des Theulkuhl'schen Nachlasses zu überlassen, – definitiv oder doch angebrachter Maßen abgewiesen werden soll Dieses Verlangen stützt sich

1., darauf, daß das Theulkuhl'sche Testament die der mitbeklagten Frau Rocholl vermöge der im Bremen geltenden Gütergemeinschaft an dem Nachlaß ihres verstorbenen Ehemanns zustehenden Rechte in unzulässiger Weise beschränke. Die behauptete Unwirksamkeit des Testamentes bezieht sich jedoch nur auf einen Theil des Nachlasses, indem Frau Rocholl als Bremische Sammtguts-Wittwe die Hälfte desselben als ihr freies durch letztwillige Disposition nicht entziehbares Eigenthum in Anspruch nimmt. Für die übrigen Theile des Nachlasses erkennen die Beklagten — vorausgesetzt, daß der nachgelassene Beweis über die mangelnden Geisteskräfte des Erblassers nicht erbracht wird —, die Verfügungen des Testamentes an, und soweit die letzteren der Frau Rocholl zu Gunsten gereichen, sind sie auch vom Kläger nicht angefochten worden. Es ergiebt sich hieraus, daß die vierte Beschwerde nur den hier in Rede stehenden Einrede-Grund noch speciell hervorhebt, also keine selbständige Bedeutung hat.

Soviel nun den Anspruch auf die Rechte einer Bremischen Sammtguts-Wittwe betrifft, so hängt die Entscheidung nach der unter den Parteien feststehenden thatsächlichen Lage lediglich von der bekannten Streitfrage über die Wandelbarkeit des ehelichen Güterrechtes ab. Handelte es sich jetzt nur darum, auf Grund der allgemeinen Theorie des internationalen Privatrechts eine abermalige Entscheidung über diese Streitfrage abzugeben, so würde kein Anlaß vorliegen, von der bisher vom Ober-Appellations-Gericht vertretenen Ansicht, der der Wandelbarkeit, abzugehen. Denn fortwährend stehen bedeutende Autoritäten auf beiden Seiten, und man kann nicht sagen, daß für die Unwandelbarkeit wesentlich neue

Gründe zur Ausführung gekommen wären. Das Ober-Appellations-Gericht aber hat sich nicht blos in zwei Frankfurter Sachen:

Kahl ca. Althenn Kinder. Decbr. 1859 (Vereinssamml. Bd. 5 S. 195 ff.)

Wallerstein Wittwe. October 1861 (Ebendas. Bd. 6. S. 217)

sondern namentlich auch in zwei Bremischen Sachen:

Unters. S. Tippenhauer Ehefr. Juni 1864

Wirtjes ca. Wirtjes Concurscur. März 1874,

für die Wandelbarkeit ausgesprochen. Uebereinstimmend haben auch erkannt die Ober-Appellations-Gerichte zu Kiel (1845) Rostock (1857 und 1871) und Oldenburg (1864);

s. Seuffert, Archiv. Bd. 7. No. 137; Bd. 14. No. 106, Anm. 1; Bd. 18 No. 1; Bd. 26 No. 288,

während Celle, Wiesbaden, Jena, Berlin und München die entgegengesetzte Ansicht befolgt haben.

Die Entscheidung der vorigen Gerichte stützt sich aber wesentlich darauf, daß sich in Bremen zu Gunsten der Unwandelbarkeit ein festes Gewohnheitsrecht gebildet habe; und diese Annahme war hier näher zu prüfen. Die rechtliche Möglichkeit eines solchen particularen Gewohnheitsrechtes kann, so sehr gerade bei den Regeln des internationalen Rechtes das Bedürfniß allgemeiner gleichmäßiger Anwendung hervortritt, nicht bestritten werden. Denn immer hat der Richter die Entscheidungsnorm für die Fälle der s. g. Statutencollision aus denjenigen Vorschriften zu entnehmen, die in Beziehung darauf für ihn und in seinem Bezirk positiv bestehen. Er hat ein auswärtiges nationales oder particulares Recht nur anzuwenden, wenn das in seinem Bezirk herrschende Rechtssystem ihn entweder durch ausdrückliche Vorschriften oder durch wissenschaftliche Folgerung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen dazu verpflichtet. Und eine Entscheidungsnorm der Art kann so gut durch Gewohnheitsrecht, wie durch geschriebenes Gesetz, begründet werden.

Für das Dasein des hier behaupteten Gewohnheitsrechtes liegt nun gegenwärtig folgendes vor:

A., Die Bremischen Schriftsteller haben sich seit langer Zeit vorwiegend für die Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts ausgesprochen. Entschieden gilt dies von zweien der Schriftsteller, die das Obergericht in seinem ersten Erkenntniß anführt, Gildemeister

in seinen beiden Schriften (1775 und 1777) und Died. Meier (1810), denen neuerlich

Post, Sammtgut (1864) §. 19, Anm. 2

ebenfalls beigetreten ist. Jene älteren Schriftsteller haben indessen die Unwandelbarkeit nicht etwa als einen speciell in Bremen geltenden Satz aufgestellt, sondern nur ihre doctrinelle Ansicht ausgesprochen mit der gewöhnlichen Begründung durch Annahme eines stillschweigenden Vertrags für die Dauer der Ehe. Deneken in der vom Obergericht bemerkten Schrift ist ihnen insofern beizuzählen, als er die in Bremen einmal begründete Gütergemeinschaft beim Wegzuge von dort fortdauern läßt. Ueber den umgekehrten Fall des Einwanderns nach Bremen spricht er sich nicht aus. Unzutreffend ist aber die Bezugnahme auf den ältesten Schriftsteller v. Rheden (1708. autor. Died. Meier), welcher wieder nur des Wegziehens von Bremen gedenkt, hier aber gerade die Wandelbarkeit vertheidigt.

B., Die Unwandelbarkeit hat eine mehrere Jahrzehnte hindurch constante Rechtsprechung der Bremischen Gerichte für sich.

Aus dem vorigen Jahrhundert und dem ersten Jahrzehnt des jetzigen liegt hierüber ein Nachweis nicht vor. Vielmehr bemerkt

Gildemeister, spec. legit. de commun. bon. 1775. §. 14 (pag. 47).

seiner theoretischen Ansicht entgegen bestehe in Bremen, wie er vom damaligen Bürgermeister Smidt erfahren habe, die alte und unzweifelhafte Praxis, daß von den nach Bremen einwandernden Eheleuten der Eintritt in die dortige Gütergemeinschaft angenommen werde, wenn sie nicht durch Vertrag diese Annahme ausschlössen. Derselbe Smidt soll freilich, wie Gildemeister (§. 24 p. 85) weiter berichtet, das Fortbestehen der einmal begründeten Gütergemeinschaft trotz veränderten Wohnortes gebilligt haben, im Gegensatz zu der erwähnten Ansicht des älteren v. Rheden.

Für das jetzige Jahrhundert dagegen führt das Obergericht im Erkenntniß erster Instanz 18 zu Gunsten der Unwandelbarkeit ergangene obergerichtliche Entscheidungen auf. Post an der oben angeführten Stelle nennt noch drei weitere. In einem unten zu erwähnenden Senatsschreiben und hierher mitgetheilten Berichte des Bremischen Richtercollegiums werden noch 4 fernere gleiche

Entscheidungen hinzugefügt. Die gesammte Liste dieser 25 Obergerichts-Erkenntnisse erstreckt sich über den Zeitraum von 1815 bis 1874. Von diesen Erkenntnissen liegen dem Ober-Appellations-Gericht in amtlichen Ausfertigungen oder Abschriften vor:

v. Lüders ca. v. Lüders Mai 1866,
Straatmann und Wentzien ca. Straatmann Febr 1872,
Jordan ca. Schröter Ehefr. Juni 1874.

Von den übrigen Erkenntnissen kann nur im allgemeinen gesagt werden, daß sie sich nach der Versicherung der Bremischen Behörden für die Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts ausgesprochen haben. Dies gilt auch von den nur bei Post angeführten Sachen (von 1840, 1841 und 1863), auf welche sich das Bremische Richtercollegium in seinem Berichte mit bezogen hat. Aus den in ihrem Text vorliegenden Erkenntnissen ist aber zu entnehmen, daß das Obergericht die angegebenen Entscheidungen ebenso wie in der gegenwärtigen Sache begründete: es brauche auf die theoretische Streitfrage nicht näher eingegangen zu werden, weil die Bremische Praxis sich sowohl in streitigen Rechtssachen, als auch im Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit, namentlich in der ausgebreiteten Wirksamkeit des Erbe- und Handfesten-Amtes und der Pupillencommission mit solcher Entschiedenheit für das Princip der Unwandelbarkeit erklärt habe, daß selbst überwiegende theoretische Gründe für das Gegentheil nicht maßgebend sein würden. Insbesondere wird in der Sache v. Lüders ca. v. Lüders speciell erwähnt, daß man schon in zwei (jetzt mitgenannten) Entscheidungen vom April 1838 und Mai 1840 sich auf die constante und entschiedene Praxis des Obergerichtes gestützt habe.

C., Es sind ferner übereinstimmende gerichtliche Erklärungen auch bei andern Gelegenheiten, als bei der Entscheidung von Streitsachen, abgegeben worden.

Dahin gehört die im jetzigen Erkenntniß erster Instanz, wie in den vorstehend mitgetheilten obergerichtlichen Präjudicaten, erwähnte und mit dem Berichte des Richtercollegiums abschriftlich hierher mitgetheilte Instruction des Obergerichts an das Amt Bremerhaven vom 23. October 1833 für die Behandlung von Fällen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Außerdem bezieht sich das Richtercollegium auf zwei an Privat-

personen ertheilte Attestate, eins des Obergerichts von 1869 und eins des Untergerichts von 1873, welche in gleichem Sinne ausgestellt seien.

D., Das Obergericht hat wiederholt geltend gemacht, daß auch die Bremische Gesetzgebung das Princip der Unwandelbarkeit indirect anerkannt habe. Dies soll hervorgehen aus der Verordnung vom 19. December 1833 über Errichtung von Ehepacten §. 1 und 7, weil nicht angenommen werden könne, daß den nach Bremen einwandernden Ehegatten die Ausschließung der Gütergemeinschaft durch Vertrag absolut habe unmöglich gemacht werden sollen. Die Vorverhandlungen zu der Verordnung von 1833, einer Begleiterin der Erbe- und Handfesten-Ordnung, ergeben nicht, ob die rechtliche Lage der nach Bremen einwandernden Eheleute ausdrücklich zur Sprache gekommen ist.

E., Endlich liegen vor Erklärungen des Senates und des Richtercollegiums zu Bremen in Folge der neueren Meinungsverschiedenheit zwischen Obergericht und Ober-Appellations-Gericht.

Der Senat sah sich in einem Schreiben an das Ober-Appellations-Gericht vom 9. April 1875 veranlaßt, die Nothwendigkeit einer Beseitigung des Conflictes, nöthigenfalls im Wege der Gesetzgebung, zur Sprache zu bringen. Nach Erwähnung des Umstandes, daß die damals neueste Sache, worin das Obergericht abermals seine Ansicht entwickelt habe, — Jordan ca. Schröter — wahrscheinlich hier nicht zur Entscheidung gelangen werde, sprach sich das Schreiben dahin aus, daß das vom Obergericht sowohl in der eben genannten Sache als in seinen früheren Präjudicaten dargelegte Bestehen einer entschiedenen und festen Bremischen Praxis im Kreise der dortigen Rechtskundigen notorisch sei und auch vom Senate nach den Wahrnehmungen seiner Mitglieder nur bestätigt werden könne, daß diese eingewurzelte Praxis sich bei allen im bürgerlichen Leben vorkommenden Rechtsakten als maßgebend geltend gemacht habe, und ein Abgehen davon eine schwerwiegende Störung in den einmal begründeten Rechtszuständen herbeiführen würde. Für den Fall, daß das Ober-Appellations-Gericht nicht unbedingt an seiner bisherigen Ansicht festhalten sollte, wurden noch weitere Belege in Aussicht gestellt. Als dann die gegenwärtige Sache hier angebracht worden war, zeigte das Ober-Appellations-Gericht dies

dem Senate an und gab anheim, ob derselbe sich nunmehr veranlaßt finden möge, etwa weiter vorhandenes Material bezüglich des in Rede stehenden Gewohnheitsrechtes hierher gelangen zu lassen. Hierauf hat der Senat dem Ober-Appellations-Gericht einen deshalb vom Bremischen Richtercollegium eingezogenen Bericht vom 27. Mai 1876 mitgetheilt, welcher eine durchgängige Bestätigung desjenigen enthält, was vom Obergericht in seinen wiederholten Präjudicaten geltend gemacht worden ist.

Ueberblickt man alle hier vorgeführten Momente, so läßt sich die erhebliche Bedeutung derselben in ihrer Gesammtheit nicht verkennen. Am wenigsten Gewicht ist auf die Uebereinstimmung der Bremischen Schriftsteller zu legen. Theils ist sie nicht eine so allgemeine, wie vom Obergericht vorausgesetzt wird, theils beruht sie nur auf einer gleichmäßigen doctrinellen Beantwortung einer theoretischen Frage des gemeinen Rechtes. Sie kommt daher nur in Betracht als Erklärungsgrund und Forderung für die sich daran knüpfende praktische Uebung. Entscheidend sind dagegen die gelieferten Nachweisungen über eben diese praktische Uebung. Es wird vom Obergericht, vom Richtercollegium und vom Senate bezeugt, und, soweit gerichtliche Aussprüche über die Frage hierher gelangt sind, durch deren Inhalt bestätigt, daß seit dem zweiten Jahrzehnt dieses Jahrhunderts bis zur neusten Zeit eine große Reihe obergerichtlicher Entscheidungen vorliegt, welche alle gleichmäßig zu Gunsten der Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts ergangen sind, daß aber nach eben diesen Grundsätzen in derselben Zeit auch im Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Einschluß des Vormundschaftswesens sämmtliche von jener Rechtsfrage abhängigen Verhältnisse geordnet worden sind.

Es kann sich daher nur fragen, ob der bezeugten Anwendung jenes Princips der Charakter eines Gewohnheitsrechtes beizulegen sei. Auf einen bestimmten Zeitraum oder eine bestimmte Zahl gerichtlicher Entscheidungen kommt es dabei nicht an. Ist ein Satz *nur deshalb* wiederholt zur Anwendung gekommen, weil man ihn aus doctrinellen Gründen als durch das bestehende Recht begründet ansehen zu müssen glaubte, so kann dies, mag es noch so oft und lange geschehen sein, dem Abgehen davon nach gewonnener besserer Einsicht nicht entgegenstehen. Wenn dagegen die durch

fortgesetzte gleichmäßige Anwendung bekundete Rechtsüberzeugung dermaßen erstarkt ist, daß nach der Richtigkeit ihrer doctrinellen Motivirung gar nicht mehr gefragt wird, daß man sie unabhängig hiervon um ihrer selbst willen immer wieder befolgt, dann muß ihr auch verbindende Kraft für die Zukunft zugeschrieben werden.

Vrgl. Windscheid, Pand. §. 16, Not. 3.

So aber verhält es sich hier. Zweierlei spricht entschieden dafür, daß schon vor dem Jahre 1864, wo sich das Ober-Appellations-Gericht zuerst in den Entscheidungsgründen einer Bremischen Sache in abweichendem Sinne äußerte, eine feststehende Praxis in Bremen entstanden war. Einmal die erwähnte Instruction vom 23. October 1833, in welcher, unter ausdrücklicher Erwähnung der unter den Rechtslehrern bestehenden lebhaften Streitfrage, versichert wurde, die Bremischen Gerichte hätten jederzeit die Theorie von der Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts befolgt. Nur hierauf hatte die gleich im Eingang aufgestellte Behauptung gebaut werden können, daß die Geltung des am ersten Domicil bestehenden Rechtes ein ausgemachter und durchaus nicht bezweifelter Rechtssatz sei; und nur aus einer für bindend erachteten Praxis erklärt es sich, daß man kein Bedenken trug, das Amt Bremerhaven einfach nach dem Princip der Unwandelbarkeit zu instruiren, anstatt dasselbe auf seine eigene Ansicht in der bestehenden Controverse zu verweisen. Sodann spricht dafür der Umstand, daß das Obergericht, wie es in der Sache

v. Lüders ca. v. Lüders (Mai 1866)

bezeugt, bereits in zwei Erkenntnissen von 1838 und 1840 erklärt hat, es bestehe bei ihm für die Unwandelbarkeit eine ganz entschiedene Praxis, durch welche die darauf bezügliche Streitfrage ihre Erledigung gefunden habe. Von den wiederholten Entscheidungen des Obergerichtes zwischen 1840 und 1864 muß hiernach angenommen werden, daß sie auf gleicher Grundlage abgegeben wurden.

Die Festigkeit der bestehenden Rechtsgewohnheit wird sodann durch das Verhalten des Obergerichtes seit 1864 noch weiter bestätigt. Der abweichenden Aeußerung des Ober-Appellations-Gerichtes ungeachtet ist es unverändert bei der Befolgung der früheren Praxis geblieben. Es hat nicht nur, wie das Richter-

collegium berichtet, ein Attestat vom 17. November 1869 in diesem Sinne ausgestellt, dem sich auch das Untergericht (welches in der Sache v. Lüders ca. v. Lüders der entgegengesetzten Ansicht gefolgt war) in einem Attestat vom 7. Juni 1873 angeschlossen hat, sondern auch seit 1866 in einer Reihe gerichtlicher Entscheidungen von neuem das Princip der Unwandelbarkeit zu Grunde gelegt. Und diese Entscheidungen sind, soweit die Parteivorträge dazu Anlaß gaben, alle damit motivirt worden, daß es bei der ganz constanten für das gesammte dortige Rechtsleben maßgebend gewordenen Bremischen Praxis, welche dem Ober-Apellations-Gerichte noch nicht bekanut gewesen sei, auf die gemeinrechtliche Streitfrage nicht mehr ankommeu könne.

Von größter Bedeutung ist sodann das, was über die durchgängige Geltung des Princips der Unwandelbarkeit im Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit bezeugt worden ist. Wenn das Princip hier schon seit Jahrzehnten zur ununterbrochenen Herrschaft gelangt war, so ist mit Sicherheit zu schließen, daß es auch da, wo die Rechtsverhältnisse von Interessenten ohne gerichtliche Mitwirkung geordnet wurden, in gleicher Weise maßgebend geworden sein muß. Die Fälle aber, wo das Ordnen von Rechtsverhältnissen, mit oder ohne gerichtliche Mitwirkung, von der Frage der Wandelbarkeit oder Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts abhängt, sind bei dem lebhaften und ausgebreiteten Verkehr Bremens so zahlreich, daß man nicht umhin kann, eine sich in kurzen Zwischenräumen gleichmäßig wiederholende praktische Uebung vorauszusetzen, eine Uebung, die sich im Anschluß an die obergerichtlichen Präjudicate unzweifelhaft auf die Annahme eines speciell Bremischen Rechtssatzes gründen mußte. Dadurch rechtfertigt sich die Ueberzeugung, daß der Satz aus einem bloßen Gerichtsgebrauch zu einem wirklichen Gewohnheitsrecht übergegangen sei.

Vrgl. Kierulff, Civilr. S. 39.
Seuffert, Arch. Bd. 28 No. 1.

Was endlich noch die Berufung des Obergerichtes auf die Verordnung die Errichtung von Ehepacten betreffend vom 19. Decbr. 1833 betrifft, so geht es zu weit, hierin eine directe Anerkenuung des Princips der Unwandelbarkeit durch die Gesetzgebung zu finden. Die ganze Verordnung behandelt überall nur das Rechtsverhältniß

solcher Eheleute, welche bei Eingehung der Ehe ihren Wohnsitz in Bremen haben oder dort nehmen. Der Fall, daß Eheleute, die bereits anderswo eine Zeit lang mit einander gelebt haben, ihren Wohnsitz nach Bremen verlegen, ist in der Verordnung gar nicht berührt worden. Dieses Stillschweigen läßt verschiedene Erklärungen zu. Immerhin ist die wahrscheinlichste Erklärung, daß man von der Voraussetzung ausgegangen sein wird, die nach Bremen einwandernden Eheleute seien dem dortigen statutarischen Güterrecht nicht von selbst unterworfen. Insofern bietet der Inhalt der Verordnung wenigstens ein unterstützendes Moment dafür, daß schon damals die Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts zur herrschenden Ansicht in Bremen geworden war.

Hat man nun dem Obigen gemäß für Bremen ein festes Gewohnheitsrecht zu Gunsten der Unwandelbarkeit des Güterrechts anzuerkennen, wofür dem Ober-Appellations-Gericht bei Entscheidung der Sache Wirtjes ca. Wirtjes dieBelege noch nicht vorlagen, so folgt daraus, daß die Berufung der Beklagten auf die Bremische Gütergemeinschaft als unbegründet zu verwerfen war.

2., Das Verlangen der Abweisung der Klage ist sodann darauf gestützt worden, daß die Beklagten nur verpflichtet sein könnten, den Nachlaß an beide Testaments-Executoren zusammen herauszugeben, und Dr. Blendermann für sich allein nicht zur Erhebung und Verfolgung der Klage befugt sei.

— — — — — — — — — — — — — —

Es bleibt daher nur der, im Erkenntniß erster Instanz nicht berührte, in zweiter und dritter Instanz aber näher zur Sprache gebrachte processualische Gesichtspunkt übrig, daß es für den gegenwärtigen Rechtsstreit an der erforderlichen Vertretung der klagenden Partei fehle. Indessen ist in dieser Beziehung den Gründen voriger Instanz beizupflichten, und die Beschwerde daher unbegründet. In Art. 9 des Testaments sind einfach zwei Testaments-Executoren ernannt, und ist ihnen die Nachlaßverwaltung übertragen, ohne daß darüber, ob sie stets nur gemeinschaftlich zu handeln haben, oder ausnahmsweise auch Einer allein handeln könne, ausdrücklich etwas beigefügt wäre. In einem solchen Falle muß es schon der Natur der Sache nach als Grundsatz angenommen werden, daß die mehreren Testamentsvollstrecker zwar soviel möglich

die Geschäfte gemeinschaftlich zu führen haben, in dringenden Fällen aber, und namentlich wenn Einer derselben verhindert ist, der Andere auch allein zu handeln befugt ist. Dieser Grundsatz findet sich denn auch positiv bestätigt in

c. 2, §. 1 de sestam. in VI.° (3, 11),

und es hat kein Bedenken, die hier zunächst für kirchliche Verhältnisse gegebene Vorschrift als eine allgemein anwendbare anzuerkennen.

Vgl. Mühlenbruch in der Forts. v. Glück's Comment. Bd. 43 S. 434 ff.

Beseler, System. Bd. 2, §. 164 sub. VI.

Auch kann die Vorschrift nicht etwa im vorliegenden Falle dadurch für ausgeschlossen gehalten werden, daß der Testator die ernannten Testamentsvollstrecker für berechtigt und verpflichtet erklärt hat, für den Fall der Verhinderung sich gemeinschaftlich einen Substituten zu bestellen. Denn nicht nur bleibt für die Zwischenzeit bis zur Ernennung eines Substituten immer das Bedürfniß alleiniger Geschäftsführung des nicht verhinderten Executors bestehen, sondern der Mitbeklagte Rocholl würde auch, weil seine Verhinderung durch sein collidirendes eignes Interesse begründet wird, nicht in der Lage sein, zu der Ernennung eines Substituten für die Führung des jetzigen Processes mitzuwirken.

45.

Christian Lange zu Bremen, Kläger, wider Friedrich Noltenius zu Bremen, Beklagten, Forderung betreffend.

Urheil vom 3. November 1877.

Bedeutung der Entstehungsgeschichte einer Urkunde für die Auslegung derselben.

Die Parteien hatten die folgende Vereinbarung getroffen:

„Die Unterzeichneten, Herr F. Noltenius als Bauherr und Herr C. Lange als Uebernehmer der Bauarbeiten zum

Landhause ꝛc. in Borgfeld, haben unter sich folgende Uebereinkunft getroffen, in Bezug auf den wirklichen Kostenpunkt für die von Herrn C. Lange hergestellten Baulichkeiten: daß, um die Schlußabrechnung machen zu können, jeder der beiden genannten Herren sich einen Sachverständigen wähle welche beide alsdann unter sich einen dritten Sachverständigen als Obmann ernennen. Diese drei Herren übernehmen die gewissenhafte Berechnung der oben erwähnten Arbeiten und die Herren F. Noltenius und C. Lange verpflichten sich gegenseitig zur Annahme des sich ergebenden Resultates und verzichten auf jede weitere Einrede und Gerichtsbarkeit."

— — — — — — — — — — — — — —

(gez.) C. Lange
„ F. Noltenius.

Ueber die Interpretation dieser Urkunde äußerte das Ober-Appellations-Gericht sich wie folgt:

Die Parteien sind geständigermaßen übereingekommen, zur Beilegung ihrer Differenz über die dem Kläger gebührende Bausumme sich der Entscheidung von drei Sachverständigen zu unterwerfen, der Streit betrifft nur die Tragweite, welche nach der Uebereinkunft dem Ausspruche der Sachverständigen gegeben werden sollte: Kläger behauptet, es sei vereinbart worden, daß Beklagter schlechthin diejenige Summe zahlen solle, welche die Sachverständigen als angemessenes Aequivalent bezeichnen würden, während Beklagter nur innerhalb des Rahmens der klägerischen Rechnung, deren Prüfung und Feststellung lediglich den Sachverständigen habe obliegen sollen, dem Ausspruche derselben verbindliche Bedeutung beimißt. Daß bei solcher Sachlage, abgesehen von dem über die Vereinbarung abgefaßten Schriftstücke, dem Kläger Beweis aufzuerlegen sein würde, ist nicht zu bezweifeln. Eben das gedachte Schriftstück ist es dann auch, auf dessen verschiedener Würdigung der Wechsel in den Erkenntnissen der Vorinstanzen beruht. Das Obergericht findet in demselben einen an sich klaren und unzweideutigen Dispositivakt, welcher als solcher etwaige früher getroffene anderweitige Vereinbarungen absorbire, wobei auf die Entstehungsgeschichte dieses Akts nichts ankomme, und meint, auch

wenn die Urkunde lediglich als Beweismittel in Betracht zu ziehen sein sollte, werde der Beweis durch sie zum vollen erbracht, und sei keine Veranlassung, dem Beklagten noch Gelegenheit zu einem directen Gegenbeweise zu geben, da derselbe schon genügend Gelegenheit gehabt habe, mit etwa vorhandenen Gegenbeweismitteln hervorzutreten.

Die Unrichtigkeit dieser letzteren Meinung würde sich schon aus §. 14 der Verordnung von 1864 betreffend die Einführung des mündlichen Verfahrens ergeben, da das Obergericht keinen Grund anzuführen vermocht hat, weswegen ein directer Gegenbeweis hier unzulässig erscheinen müßte. Allein auch wenn das Obergericht im übrigen in seiner Auffassung der Bedeutung der Urkunde Recht haben sollte, würde der daraus unter Nichtbeachtung der Entstehungsgeschichte jener Urkunde gezogenen Folgerung nicht ohne weiteres beizupflichten sein.

Beklagter erzählte in seiner Vernehmlassung: die Parteien hätten sich mündlich vereinbart, Sachverständige zu ernennen und durch dieselben eine Entscheidung der obschwebenden Differenz herbeizuführen. Von einer schriftlichen Vertragschließung sei keine Rede gewesen. Erst nachdem die Sachverständigen die Besichtigung und Taxation bereits vorgenommen, habe ihm der Sachverständige Bummerstedt den vom Sachverständigen Bruns verfaßten und niedergeschriebenen „Vertrag“ mit der Bitte um seine Unterschrift vorgelegt. — Kläger hat diesen Behauptungen nirgend weder direct noch indirect widersprochen, und so müssen sie nach §. 16. Abs. 2 der Proceßnovelle vom 1. April 1876 für zugestanden gelten. Kläger sagt selbst in der Replik, daß die Urkunde von den Sachverständigen entworfen sei, und in den apponirten Akten über das Vorspiel zum gegenwärtigen Processe legt er auch den Grund zu solcher Initiative der Sachverständigen dar: „dieselben seien nämlich übereingekommen, sie wollten, um nicht rein die Narren der beiden Herren zu sein, ihren Spruch nicht eher abgeben, als bis die Parteien bindend erklärt hätten, sie fügten sich auf alle Fälle ihrem Spruche.“ Dem entspricht die Darstellung des Beklagten in der zweiten Instanz des gegenwärtigen Processes: „die Urkunde sei lediglich hervorgegangen aus dem Bedürfniß der Sachverständigen, ihr arbitrium von den Parteien

nicht angefochten zu sehen, sie wollten nicht die „„dummen Jungen““ der Parteien sein.“

Hatte also die Unterzeichnung der Urkunde durch die Parteien lediglich den Zweck, die Sachverständigen darüber zu beruhigen, daß ihr Ausspruch von keiner Seite werde bemängelt und angefochten werden, sondern daß derselbe für die Erledigung des Streits maßgebend sein solle, so ist im Zweifel um so weniger anzunehmen, daß die Parteien hinsichtlich der Tragweite dieses Ausspruches etwas neues oder überall irgend etwas haben bestimmen wollen, als das arbitrium in jedem Falle maßgebend und entscheidend wurde, mochte es im Sinne des Klägers oder in dem des Beklagten benutzt werden, sofern es nur überall der Entscheidung zu Grunde gelegt wurde. Wenn die Parteien mündlich vereinbart hatten, es solle die Rechnung von Sachverständigen festgesetzt werden, so daß wenn diese die Leistung des Klägers so hoch oder gar höher wie angesetzt schätzen würden, die in Rechnung gestellte Summe, andernfalls nur das geringere Taxat, in Rechnung passiren sollte, so konnten sie gleichwohl sich in der Folge schriftlich verpflichten „zur Annahme des sich ergebenden Resultats“, und „auf jede weitere Einrede und Gerichtsbarkeit verzichten“, ohne damit das geringste an ihrer Vereinbarung zu ändern. Sie erklärten dann eben nur ihre feste Absicht, das Gutachten der Sachverständigen nicht ignoriren und den Streit über die Angemessenheit der klägerischen Forderung nicht auf andere Weise zum Austrag bringen zu wollen. Ueber die jetzt zu entscheidende Streitfrage braucht daher die Urkunde eine Disposition der Parteien nicht zu enthalten, ob und in wieweit sie als Beweismittel in Betracht zu ziehen sein wird, bedarf zur Zeit keiner Erörterung.

46.

J. Struckmann Konkurskurator Dr. Blendermann zu Bremen, Kläger, wider Heinrich Hauschildt zu Bremen, Beklagten, Paulianische Klage betreffend.

Urtheil vom 10. November 1877.

Es ist Frage des einzelnen Falles, ob eine nicht speciell geleugnete Behauptung des Proceßgegners als geleugnet gelten kann, wenn die sämmtlichen jenseitigen Behauptungen generell geleugnet sind.

Der Beklagte, welcher von dem klägerischen Konkurskurator mit der Paulianischen Klage auf Herausgabe gewisser Waaren belangt war, hatte sein eigenes Bewußtsein von der Insolvenz des Falliten um die relevante Zeit bestritten, ohne des Bewußtseins des Falliten speciell Erwähnung zu thun. Die Vorderrichter hatten dasselbe als zugestanden angenommen. Der Beklagte verlangte Abänderung dieser Entscheidung, weil er die sämmtlichen Klagbehauptungen generell bestritten habe, die fragliche Thatsache daher als geleugnet gelten müsse. Das Ober-Appellations-Gericht führte hierzu aus:

Mit Recht haben die vorigen Instanzen die Thatsachen, welche Beklagter noch zum Beweise des Klägers verstellt wissen will, als bereits stillschweigend zugestanden angenommen. Allerdings sollen Thatsachen, welche nicht ausdrücklich bestritten sind, nur dann als anerkannt erachtet werden, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht. Letzteres, meint Beklagter, sei hier der Fall. Allein er hat immer nur von *seinem eigenen* Bewußtsein gesprochen, nirgends von dem des *Falliten*, und hat nichts behauptet, was bezüglich des letzteren mit der Darstellung des Klägers in Widerspruch stände. Ob ein generelles Ableugnen aller jenseits vorgebrachten Behauptungen, wie es allerdings zum Schluß der Einreden vorkommt, genügen kann, ist Frage des einzelnen Falles.

Vgl. Motive zu der gleichlautenden Bestimmung in §. 129 der Deutschen Civil-Proceß-Ordnung.

Es wird eben darauf ankommen, ob nach Lage der Sache angenommen werden kann, der generell Leugnende habe sämmtliche jenseits vorgebrachten Thatsachen dabei vor Augen gehabt und jede einzelne von ihnen leugnen wollen. Hier lautet der betreffende Passus:

„die ganze Klage ist hinfällig, sämmtliche Behauptungen werden durchaus bestritten."

Dies ist nun aber jedenfalls unrichtig. einzelne Behauptungen werden vielmehr zugegeben, und man kann daher nicht mit Bestimmtheit wissen welche Thatsachen denn nun wirklich bestritten werden sollen; zu der Annahme aber, daß damit gerade das Bewußtsein des Falliten von seiner Insolvenz und die Benachtheiligung der Gläubiger geleugnet werde, ist um so weniger Grund, als unmittelbar vorher bei der speciellen Beantwortung des betreffenden Passus der Klage ausdrücklich nur die eigene Kenntniß des Beklagten in Abrede gestellt war.

47.

Der Bremische Staat, vertreten durch die Bau-Deputation, Kläger, wider August Gosewisch in Bremen, Beklagten, Beitrag zu Straßenanlage-Kosten betreffend.

Urtheil vom 17. November 1877.

Die Bremische Verordnung vom 21./26. Juni 1837 betr die Straßenbepflasterung, wonach bei staatsseitig vorgenommener Bepflasterung einer bis dahin ungepflasterten Straße die Anlieger unter allen Umständen zu den entstehenden Kosten beizutragen verpflichtet sind, kann gegenüber den abweichenden Bestimmungen der Verordnung vom 22./27. October 1845, betr. die vom Staate neu anzulegenden oder zu verändernden Straßen und Plätze in der Stadt und Vorstadt, höchstens dann noch zur Anwendung gebracht werden, wenn es sich um die Pflasterung eines schon vor dem 27. October 1845 vorhanden gewesenen Straßenzuges oder um eine vor diesem Tage vorgenommene Wege-Anlage handelt.

Das Recht, den Anliegern an öffentlichen Wegen den Ausgang zu den letzteren so lange zu sperren, bis dieselben das Recht zum freien Ausgang durch Zahlung eines be-

stimmten Beitrags zu den Kosten der Anlegung der betr. Wege erwerben, steht dem Staate nur bezüglich der nach dem 27. October 1845 angelegten Wege zu.

Die Umwandlung einer Straße in einen Platz erscheint im Sinne des Gesetzes nicht als die Neu-Anlegung eines Platzes sondern als die Verbreiterung einer Straße; sie ist daher nicht nach §. 4, sondern nach §. 5 des Gesetzes vom 27. October 1845 zu beurtheilen. Bei einer derartigen Umwandlung hat der Staat gegenüber den Anliegern, deren Grundstücke er zum Theil im Wege der Expropriation behufs der Verbreiterung der Straße erworben hat, das angegebene Sperrungsrecht nicht; dieselben haben niemals aufgehört, mit den ihnen verbleibenden Restgrundstücken an der Straße zu liegen und brauchen daher das Recht des Ausganges nicht von Neuem zu ererben.

Aus den Gründen:

1., Kläger beansprucht vom Beklagten einen Beitrag zu den Kosten der Anlage eines öffentlichen Weges. Er gründet diesen Anspruch nicht auf ein privatrechtliches Rechtsgeschäft, sondern auf gesetzliche Verpflichtung. Die eine derartige Verpflichtung betreffenden Bremischen Gesetze sind nur folgende:

Die Verordnung vom 21./26. Juni 1837, betr. die Straßenbepflasterung;

die Verordnung vom 7./12. Juli 1841, betr. die Anlegung neuer Straßen, Gänge und Bauten,

und die Verordnung vom 22./27. October 1845, betr. die vom Staate neu anzulegenden oder zu verändernden Straßen und Plätze in der Stadt und Vorstadt.

Die Verordnung von 1841 kommt hier nicht in Betracht, weil sie nur von den Straßenanlagen durch Privatpersonen handelt.

Die Verordnung von 1837 bestimmt unter No. 3:

„daß, wenn die Bepflasterung einer bis dahin ungepflasterten Straße vorgenommen wird, der Staat zwei Drittheile der gesammten dadurch angeursachten Kosten übernehme, das dritte Drittheil aber von den Eigenthümern der dieselben

begränzenden Grundstücke zu tragen und über diese nach Maßgabe ihrer Straßenpfänder zu repartiren sei."

Die Verordnung von 1845 bestimmt, soweit sie hier in Betracht kommt, folgendes:

„1., Wird vom Staate eine Straße da, wo bis dahin keine solche gewesen ist, angelegt, so ist dieselbe von dem daran gränzenden Grundstücke durch eine angemessene Befriedigung abgesondert zu halten, so lange nicht der Eigenthümer eines solchen Grundstücks das Recht des Ausgangs nach jener Straße mittelst einer dem Staate zu leistenden Entschädigung erlangt hat. —

2., Die erwähnte Entschädigung ist in der Art zu leisten, daß der Eigenthümer von dem Betrage des Grundwerths und der Anlegungs- und Bepflasterungskosten der neuen Straße, und zwar für die ganze Länge, soweit sein Erbe daran gränzt, ein Drittheil vergütet.

4., Die vorstehenden Grundsätze sind gleichfalls anwendbar, wenn vom Staate ein öffentlicher Platz da, wo bisher kein solcher gewesen ist, angelegt wird.

5., Wird vom Staate einer Straße oder einem öffentlichen Platze eine veränderte Richtung oder eine Verbreiterung gegeben, so ist in Ansehung der Grundstücke, welche erst durch solche Veränderung oder Verbreiterung an der Straße oder dem Platze zu liegen kommen, nach den nämlichen Bestimmungen zu verfahren. —

Ob und wie weit die Verordnung von 1837 durch die von 1845 eingeschränkt sei, braucht hier nicht erschöpfend geprüft zu zu werden. Jedenfalls kann erstere gegenwärtig höchstens dann noch maßgebend sein, wenn es sich handelt um die Pflasterung eines schon vor dem 27. October 1845 vorhanden gewesenen Straßenzuges oder um eine vor diesem Tage vorgenommene Wege-Anlage. — Dagegen ist sie unanwendbar, wenn — wie hier der Fall ist — eine nach dem 27. October 1845 erfolgte Anlegung, Veränderung oder Verbreiterung einer öffentlichen Straße oder eines öffentlichen Platzes in Frage steht. In wie weit bezüglich solcher Wegebauten die Anlieger beitragspflichtig seien, ist ausschließlich nach der Verordnung von 1845 zu beurtheilen.

2., Diese Verordnung verpflichtet — abweichend von der Verordnung von 1837 — die Anlieger nicht ohne weiteres zur Zahlung eines Beitrags zu den Kosten des Wegebaus, sondern berechtigt nur den Staat, den Anliegern den Ausgang zu dem betreffenden öffentlichen Wege so lange zu sperren, bis diese das Recht zum freien Ausgang durch Zahlung eines bestimmten Kosten-Antheils erwerben.

Es fragt sich daher, ob dem Kläger dieses Recht zusteht oder nicht.

3., Dieses Recht würde zunächst

a., bestehen, wenn Kläger schon vor Anlegung des Bahnhofsplatzes den fraglichen beklagtischen Grundstücken den Zugang zur verlängerten Grünenstraße sperren durfte. Stand dem Kläger dieses Recht zu, so hat er dasselbe auch durch Umwandlung der Grünenstraße in den Bahnhofsplatz nicht verloren. Aber Kläger war hierzu nicht berechtigt. Denn die verlängerte Grünenstraße ist, wie Kläger in der Replik zugesteht, bereits im Jahre 1841 angelegt. Damals und bis zum Erlaß der Verordnung von 1845 waren die Anlieger der öffentlichen Wege zwar zur Zahlung eines Theils der Pflasterungskosten unbedingt verpflichtet, aber zum Gebrauch der öffentlichen Wege auch ebenso unbedingt berechtigt.

b., Das Sperrungsrecht würde nach §. 4 der Verordnung von 1845 bestehen, wenn der Bahnhofsplatz ein neu angelegter Platz im Sinne des §. 4 wäre.

Das Untergericht nimmt letzteres an:

> „weil der Bahnhofsplatz mit Rücksicht auf die im Jahre 1865 eingetretene Expropriation als eine ganz neue, die bisherigen Verhältnisse durch und durch alterirende Schöpfung zu gelten habe."

Das Obergericht entscheidet die Frage nicht ausdrücklich, ist aber anscheinend der entgegengesetzten Ansicht; denn es verurtheilt den Beklagten nicht aus §. 4, sondern aus §. 5 der Verordnung, welcher die Erbreiterung eines öffentlichen Weges betrifft.

Die Grünenstraße ist durch eine nach beiden Seiten hin vorgenommene bedeutende Erweiterung in den Bahnhofsplatz umgewandelt.

Anscheinend passen hierauf die Worte des §. 4:

„wenn ein öffentlicher Platz da, wo bisher kein solcher gewesen, angelegt wird“,

und ebenso auch der Wortlaut des §. 5, welcher nur von Veränderung und Verbreiterung einer Straße oder eines Platzes spricht, nicht aber von der Umwandlung einer Straße in einen Platz.

Gleichwohl ist solche Umwandlung nicht nach §. 4., sondern nach §. 5 zu beurtheilen. Zunächst sind „Straße“ und „Platz“ zwei nicht scharf zu scheidende Begriffe. Es läßt sich nicht genau bestimmen, wann aus einer Straße ein Platz wird. Der Sprachgebrauch ist oft sehr ungleichmäßig. Daher wäre es legislativ unangemessen gewesen, an die Umwandlung einer Straße in einen Platz wichtige Rechtsfolgen zu knüpfen.

Ferner ist der die Verordnung von 1845 beherrschende Gedanke der: daß Jeder, der einen freien Ausgang zu einem öffentlichen Wege hat, durch Veränderung in den Wege-Verhältnissen möglichst wenig Nachtheil erleiden, einen Ausgang zu einem öffentlichen Wege, wenn möglich, behalten soll, — und daß nur derjenige das Ausgangsrecht entgeltlich erwerben muß, der ein solches bisher nicht gehabt hat. Danach kann es keinen Unterschied machen, ob eine Straße wenig oder stark verbreitert, — ihre Richtung wenig oder erheblich verändert wird, — ob der veränderte Weg eine ganz andere Figur hat als der bisherige, — ob er noch „Straße“ oder aber „Platz“ genannt wird.

Die entgegengesetzte Ansicht des Untergerichts führt zu unangemessenen Härten. So namentlich dann, wenn eine Straße durch Abbruch der einen Häuser-Reihe und des dahinter liegenden Häuser-Quartiers zu einem großen öffentlichen Platz erweitert wird; dann müßten nach Ansicht des Untergerichts die Eigenthümer der unverändert gebliebenen Häuser-Reihe ihr bisheriges Ausgangsrecht verlieren und, um ihre Häuser überhaupt noch benutzen zu können, solches Recht durch Zahlung des bedeutenden Kostenbeitrages von Neuem erwerben.

c., Endlich fragt es sich, ob etwa die Voraussetzung zutrifft, unter welcher der §. 5 das Sperrungsrecht gewährt: ob also die beklagtischen Grundstücke „erst durch die Verbreiterung

der Grünenstraße an der öffentlichen Straße zu liegen gekommen sind."

Das obergerichtliche Erkenntniß bejaht die Frage, folgendermaßen argumentirend.

Ursprünglich gränzten die fraglichen Grundstücke allerdings an die Grünenstraße. Aber 1865 erwarb der Staat im Expropriations-Verfahren das an der Straße liegende viertelkreisförmige Stück. Das übrig bleibende, jetzt dem Beklagten gehörige Stück lag nun nicht mehr an der Grünenstraße, sondern war von dieser durch das dazwischen liegende expropriirte Stück getrennt. Nun verwandte der Staat letzteres zur Verbreiterung der Grünenstraße. In Folge dessen kam das beklagtische Grundstück von Neuem an der Grünenstraße (jetzt Bahnhofsplatz genannt) zu liegen.

Dieser Argumentation kann nicht beigetreten werden. Sie spaltet den staatsseitigen Erwerb des fraglichen Grundstückes und dessen Verwendung zur Erweiterung der Grünenstraße in zwei getrennte, von einander unabhängige Akte. Das wäre richtig, wenn der Staat das Stück zu einem anderen Zwecke, etwa zur Errichtung eines Gebäudes, angekauft und erst nachträglich die Verwendung zur Straßen-Erweiterung beschlossen hätte. Aber so liegt hier die Sache nicht. Denn der Staat hat das Grundstück behuf der Straßenverbreiterung expropriirt.

Nun bestimmt die Expropriations-Verordnung vom 7. Juni 1843 folgendes:

§. 1. Für Anlagen zum allgemeinen Besten kann jeder Grundeigenthümer zur Abtretung seines Grundeigenthums gegen eine dafür von dem Unternehmer zu leistende vollständige Entschädigung unter den folgenden näheren Bestimmungen genöthigt werden.

§. 2. Die Entscheidung, daß und in welchem Umfange und unter welchen etwaigen Bedingungen für die beabsichtigte Anlage eine solche Abtretung begehrt werden dürfe, kann in allen Fällen nur durch vereinten Beschluß des Senats und der Bürgerschaft geschehen."

Die Abtretung kann also nur zu einem öffentlichen und vorher durch vereinten Beschluß des Senats und der Bürgerschaft festgestellten Zwecke begehrt werden. Bei Einleitung des Expropriations-

Verfahrens steht immer fest, zu welchem öffentlichen Zwecke das zu enteignende Grundstück verwandt werden soll. So war es auch hier, als der Staat im Jahre 1865 die Enteignung des fraglichen Grundstücks einleitete, bereits in Folge Beschlusses von Senat und Bürgerschaft gewiß, daß das Grundstück zur Verbreiterung der Grünenstraße verwandt werden würde. Hierzu mußte der Staat das Grundstück verwenden; zu einem anderen Zwecke brauchte der damalige Eigenthümer (der Gerberverein) das Land nicht abzutreten.

Unter solchen Umständen kann es nicht darauf ankommen, ob das enteignete Land sofort im Augenblick des Eigenthums-Ueberganges zur öffentlichen Straße erklärt und erst hinterher gepflastert und mit Trottoir versehen wurde, — oder ob umgekehrt nach dem Eigenthums-Uebergange zunächst die kunstgerechte Herstellung einer gepflasterten Straße beschafft und erst diese als Erweiterung der Grünenstraße dem öffentlichen Verkehr übergeben wurde. In beiden Fällen müssen diese verschiedenen Operationen als ein einheitlicher Akt, als die Verbreiterung der Grünenstraße im Sinne des §. 5 der Verordnung von 1845 aufgefaßt werden.

Wenn das Gesetz in dem zuletzt erwähnten Falle dem Anlieger das Recht des freien Ausgangs entzöge, so enthielte es eine überaus unpraktische Vorschrift. Denn es würde dann der vom Expropriaten für den Wiedererwerb des Ausgangsrechts zu zahlende Preis (die Quote der Kosten der Straßenerweiterung) bei Taxirung der Entschädigungssumme berücksichtigt werden müssen, dabei aber — weil der Betrag der Anlagekosten zur Zeit der Taxirung ganz ungewiß ist — regelmäßig entweder der Expropriant oder der Expropriat geschädigt werden. Weit praktischer und einfacher ist es, wenn das Gesetz ohne weiteres den freien Ausgang, welchen das ganze Grundstück zur bisherigen Straße hatte, dem Restgrundstücke zur erbreiterten Straße gewährt.

Daher ist das Gesetz in dem dem Beklagten günstigen Sinne auszulegen.

48.

Lüder Ellmers Wittwe, Rebecka geb. Sudhoff zu Bremen, Klägerin, wider Lüder Ellmers Wittwe, Marie Catharina Margarethe geb. Fortkamp für sich und als Vertreterin ihrer minderjährigen Kinder Johann Heinrich Ellmers und Anna Elisabeth Ellmers, sowie Albert Klüsing und Diedrich Döhle, als Vormünder von Johann Heinrich Ellmers, sämmtlich zu Hastedt bei Bremen, Beklagte, Herausgabe einer Kötherstelle und Forderungen betreffend.

Urtheil vom 8. December 1877.

Nach der Bremischen Verordnung wegen Aufhebung des 29. Statuts vom 23. Januar 1826 stellt sich die Erbfolge in Freigüter als eine gemeinsame Universalsuccession des Anerben und der Abfindlinge dar. Jedoch gilt, was die Vertheilung der Aktiva unter die Miterben betrifft, der Anerbe von vorn herein als ausschließlicher Eigenthümer der Stelle, die übrigen Miterben nur als Inhaber der Forderungsrechte auf ihre Abfindungen.

Stirbt der Anerbe vor wirklicher Uebernahme der Stelle, so vererbt das Anerbenrecht auf seine Erben.

Durch §. 20 Abs. 2 des allegirten Gesetzes werden die Ascendenten nicht zu Gunsten der Seitenverwandten von der Intestaterbfolge in ein Freigut ausgeschlossen; vielmehr richtet die Erbfolge sich nach dem gewöhnlichen Erbfolgerechte.

Die Stiefmutter des Anerben, welche nach §. 17 Abs. 3 desselben Gesetzes die Administration der Stelle hat, braucht die letztere auch für den Fall des Todes des Anerben nicht eher herauszugeben, als bis derselbe das 30ste Lebensjahr vollendet haben würde. Dieselbe ist während ihrer Administration zur Rechnungsablage nicht verpflichtet.

Aus den Gründen:

Die Klägerin nimmt eine Kötherstelle in ihrer Eigenschaft als Großmutter und alleiniger Erbin des verstorbenen Anerben Lüder

Ellmers, des Stiefsohnes der mitbeklagten Wwe. Ellmers, in Anspruch. Das angefochtene Erkenntniß hat nun den Uebergang der Stelle in das Vermögen der Klägerin aus zwei Gründen verneint:

1., weil ein Alleineigenthum der Stelle erst durch die Besitzantretung für den Anerben erworben werde;

2., weil nach der in §. 20, Abs. 2, der Verordnung vom 23. Januar 1826 festgestellten Erbfolgeordnung für das Gut Ascendenten nicht erbfolgeberechtigt in dasselbe seien.

Ad. 1., Hier ist zuvörderst die allgemeine rechtliche Construction festzustellen, welche die Bremische Verordnung von 1826 der Erbfolge in bäuerliche Freigüter, deren gegenwärtig eine in Rede steht, hatte zu Theil werden lassen. Bekanntlich finden in dieser Hinsicht sowohl zwischen Meiergütern oder Colonaten einerseits und Freigütern andererseits, als auch zwischen den Rechten der einzelnen Landschaften Deutschlands unter einander die größten Verschiedenheiten statt. Was nun aber die erwähnte Verordnung anlangt, so stellt sich nach §. 23 derselben die Erbfolge in Freigüter als eine gemeinsame Universalsuccession des Anerben und der Abfindlinge dar, da diese sämmtlichen Betheiligten den Gläubigern des Erblassers auch für Stellschulden quotenweise haften, übrigens — worauf es indessen hier weiter nicht ankommt — insofern jedenfalls als eine von der Erbfolge in das Allodialvermögen gesonderte Universalsuccession, als nach §. 25 der Verordnung die Quotentheilung für die beiden Vermögensmassen eine verschiedene ist. Man könnte nun auf den Gedanken kommen, durch diese universale Natur der für sämmtliche Interessenten gemeinsamen Succession sei das Alleineigenthum des Anerben an der Stelle vor wirklich beschaffter Auseinandersetzung ohne weiteres ausgeschlossen, so daß sich das Recht des Anerben nur als ein Vorrecht bei der noch erst vorzunehmenden Erbtheilung darstelle: und in der That scheint dies die Meinung des angefochtenen Erkenntnisses zu sein. Indessen würde selbst, wenn diese Forderung ihre Richtigkeit hätte, damit doch noch nicht feststehen, daß nicht das durch den Todesfall bereits erworbene Anerbenrecht als solches, d. h. also wenigstens das Erbrecht zu der betreffenden Quote mit dem ihm beiwohnenden, oben bezeichneten Vorrechte, auf den oder die Erben des Anerben überginge; zudem aber ist auch der obige Schluß selbst fehlsam.

a., Insofern das Anerbenrecht nur überhaupt auf die Erben des Anerben übergehen sollte, würde in concreto das von der Klägerin behauptete Erbrecht, wenn nicht ganz, doch mindestens zur Hälfte, nach Maßgabe der Theilungsnormen des §. 25 der Verordnung von 1826, anzuerkennen sein. Nun bringen aber die allgemeinen Rechtsgrundsätze die Weitervererbung jedes erworbenen Erbrechtes, und zwar auch mit den ihm eigenthümlichen rechtlichen Qualitäten, mit sich, und es kann nicht zugegeben werden, daß besondere Bremische Rechtsbestimmungen zu einer abweichenden Behandlung des Rechtes des Anerben nöthigten.

Vor allem ist hier, da durch §. 16 der Verordnung von 1826 die statutarische Gütergemeinschaft für die Vermögensverhältnisse sowohl der Eheleute unter sich, als auch der Eltern und Kinder auch im Bremischen Landgebiet Geltung erhalten hat, auf die in Bremen herrschende rechtliche Auffassung des Beisitzes der Wittwe eines beerbten Ehemannes hinzuweisen, welche sich in der Formel ausspricht: „Mortuo patre bona ipso jure censentur divisa." In diesem Falle der communio bonorum prorogata wird also nicht, wie es nach älterm Lübischen Rechte der Fall war,

Pauli, Abhandlungen, Thl. 3, S. 108 ff.,
Plitt, Lüb. Erbrecht, Aufl. 2, S. 81 ff. Anm. 123,

wie es heutzutage in Hamburg unbestritten ist,

Baumeister, Hamb. Privatr. Bd. 2, S. 140 ff. Anm. 36, u. S. 228 ff.,

und wie es auch nach Bremischem Rechte im Falle einer von dem Wittwer mit seinen Kindern fortgesetzten Gütergemeinschaft geschieht, das hinterlassene Sammtgut in dem Sinne noch als ungetheilte Einheit angesehen, daß beim Wegsterben eines unabgeschichteten Kindes, bezw. Descendentenstammes, die betreffende Quote einfach den übrigen Interessenten — sei es nun allen einschließlich des Parens, sei es nur den übrigen betheiligten Descendenten — accrescirt; sondern jeder der Beisitzinteressenten vererbt, nach einem feststehenden, gewöhnlich auf

Stat. 7 und 8 von 1433

zurückgeführten Gewohnheitsrechte, seine noch unabgeforderte Quote auf seine Erben.

Donandt, Gesch. des Brem. Stadtrechts, Th. 2, S. 130—137.

Berck, Brem. Güterr. der Ehegatten, S. 334, 347—351, 357, 398, 408 ff.

Post, Sammtgut, S. 28 ff., 76 ff., 81 ff., 83, 95, 105 ff., 111—113, 117.

Damit fällt denn für das Bremische Staatsgebiet jedenfalls das von der gemeinsamen Wehre hergenommene Argument weg, welches bei Gelegenheit anderer, dem gegenwärtigen sehr ähnlichen Rechtsfalle in den in den vorliegenden Akten mehrfach erwähnten Erkenntnissen des hiesigen Ober-Appellations-Gerichtes

Lüb. S. Derlien Ehefr. ca. Drath Ww., Septbr. 1856.

Wunderlich, Jurisprudenz, Bd. 2, S. 49 ff., theilweise auch gedruckt bei Seuffert, Archiv, Bd. 19, No. 175,

und des Obergerichts zu Wolfenbüttel (von 1862)

Seuffert, Archiv, Bd. 16, No. 135,

ausdrücklich oder dem Sinne nach zu Gunsten des Nachrückens des Nächstberechtigten unter den Geschwistern an die Stelle des vor dem wirklichen Antritte des Gutes verstorbenen Anerben verwerthet worden ist; während im übrigen bei jenem Präjudicate des Ober-Appellations-Gerichtes den Hauptentscheidungsgrund der besondere Inhalt der für das betreffende Lübeckische Dorf zunächst maßgebenden particulären Rechtsquelle abgab.

Es darf nun ferner für die Bremischen Freigüter auch behauptet werden, daß eben so wenig in den besondern Vorschriften der Verordnung von 1826 ein Anhalt für das Leugnen der Vererbung des Anerbenrechtes gegeben ist. Das vorige Erkenntniß hat sich in dieser Beziehung auf den §. 19 berufen, insofern darin bestimmt sei, daß, wenn der zunächst berufene Anerbe vor wirklicher Uebernahme der Stelle wegfalle, das Anerbenrecht (dort „Näherrecht" genannt) auf einen andern unter den Descendenten des vorigen Stellbesitzers in der gesetzlichen Reihenfolge übergehe. Jedoch konnte der Auffassung nicht zugestimmt werden, wonach die Bestimmungen des §. 19, deren Voraussetzung im Gesetze wörtlich so gefaßt ist: „Stirbt der Vater, ohne den Nachfolger im Gute bestimmt zu haben", auch auf die Zeit nach dem Tode des Vaters zu beziehen sein sollten. Allerdings ist die Bemerkung in den vorigen Entscheidungsgründen, daß jene Bestimmungen nicht nur von der Zeit vor dem Tode des Vaters verstanden werden dürfen, dem Wortlaute nach insofern richtig, als sie vielmehr überhaupt

nur von dem Augenblicke des Todes des Vaters zu verstehen sind; aber es fehlt eben an jedem Grunde, in ihnen etwas anderes zu finden, als die einmalige Feststellung der Person des Anerben unter den mehreren Descendenten des gerade versterbenden Eigenthümers, und insbesondere nöthigt der auf alle Fälle ungenau gebrauchte Ausdruck „geht — — über" keineswegs zu einer solchen Auslegung.

Ferner ist in den vorigen Entscheidungsgründen gegen die Vererbung des Anerbenrechtes der Umstand geltend gemacht, daß man in der Verordnung von 1826 eine ausdrückliche Bestimmung für den Fall, daß der Anerbe während des Beisitzes seiner leiblichen Mutter stürbe, vermisse. Auch läßt sich nicht leugnen, daß eine Gesetzgebung, die alle nicht allzu entfernten Möglichkeiten wohl überlegt und vollständig berücksichtigt hätte, wahrscheinlich für jenen Fall eine besondere Verfügung ausdrücklich getroffen haben würde. Zwar daß nach §. 20, Abs. 2 der entfernteste Seitenverwandte die Mutter ausschließen würde, falls man das Anerbenrecht weiter vererben ließe, ist eben nur eine Consequenz der vom angefochtenen Erkenntnisse dem §. 20, Abs. 2 gegebenen Auslegung, welcher, wie weiterhin darzulegen sein wird, das Ober-Appellations-Gericht sich nicht anzuschließen vermochte; immerhin jedoch ergeben sich einige Zweifel über Einzelheiten, wenn man sich die mit andern Kindern den Beisitz fortsetzende Mutter entweder allein, oder mit diesen gemeinsam als in das Anerbenrecht succedirend denkt. Indessen sind nicht nur diese Zweifel mit Hülfe der allgemeinen Rechtsgrundsätze sehr wohl lösbar, sondern es darf auch bei der allseitig anerkannten großen Mangelhaftigkeit der Abfassung der Verordnung von 1826 nicht Wunder nehmen, wenn sich nicht alle Möglichkeiten als gehörig dabei berücksichtigt herausstellen.

Man könnte die Ansicht des angefochtenen Erkenntnisses etwa auch noch auf die Analogie der Schlußbestimmung des Abs. 2 des §. 24 stützen wollen, wonach die Abfindung eines auf der Stelle verstorbenen Kindes dem Stellwirthe verbleibt, also nicht weiter vererbt wird; indessen giebt sich diese Bestimmung durch den Beisatz „dem bisherigen Herkommen gemäß" selbst als eine singuläre zu erkennen, als welche der gleiche Rechtssatz auch in den Bauergüter-

rechten vieler andern Gegenden Deutschlands vorkommt: so daß ganz davon abgesehen werden kann, daß die Analogie doch keinenfalls vollständig zutreffen würde.

Wenn endlich die Beklagten sich darauf berufen haben, daß es zum endgültigen Erwerbe des Anerbenrechtes für den klägerischen Erblasser noch erst einer causae cognitio über seinen Besitz der erforderlichen Eigenschaften bedurft haben würde, so erschien diese Einwendung aus den schon von den ersten Richtern angeführten Gründen als offenbar verwerflich.

b., Es liegt aber auch kein Grund vor, das auf die Erben des Anerben übergehende Recht zunächst nur zu denken als ein Quotenrecht an dem gesammten Stellennachlasse mit einem Vorzugsrechte für die künftige Erbtheilung. Mit der Stellung der sämmtlichen Betheiligten als gemeinsamer Universalsuccessoren ist die Annahme eines besondern Rechtssatzes vollkommen vereinbar, wonach, was die Vertheilung der Activa unter die Miterben betrifft, der Anerbe von vorn herein als ausschließlicher Eigenthümer der Stelle, die übrigen Miterben nur als Inhaber der Forderungsrechte auf ihre Abfindungen gelten, gerade wie in andern Erbfällen ein solches Ergebniß durch die richterliche Adjudication im Erbtheilungsprocesse, oder etwa auf Grund von Prälegaten eintreten kann. Die Bremische Verordnung von 1826 spricht sich nun zwar über die rechtliche Auffassung des Verhältnisses in dieser Beziehung nicht besonders aus. Für die Annahme eines sofortigen Alleineigenthums des Anerben spricht aber nicht nur die größere Ungezwungenheit dieser Auffassung, sondern vorzüglich auch die geschichtliche Entwicklung des Anerbenrechtes von den Colonaten her und die, hiermit zusammenhängende, Analogie der in den Bremen benachbarten Gebieten bestehenden Rechtseinrichtungen.

Da die meierrechtliche Erbfolge ihren Ursprung aus der freiwilligen Einsetzung eines Sohnes des Meiers als Nachfolger des letztern durch den Gutsherrn genommen hat, so ist bei Meiergütern immer die Auffassung vorherrschend geblieben, daß der Anerbe, mochte es nun ein vom Gutsherrn ausgewählter, oder ein durch Rechtssatz bestimmter sein, von vorn herein das Meierrecht, also das Untereigenthum, am Gute allein und ausschließlich erhalte. So ist es nach dem Zeugnisse von

Post, Brem. Privatr. Bd. 3. S. 162 ff.

auch heutzutage noch bei den Bremischen Meiergütern. Dieselbe Auffassung herrscht ferner schon seit langer Zeit auch in den einzelnen Hannoverschen Landestheilen, und zwar ohne daß daselbst die Bemeierung noch als eine wesentliche Voraussetzung für den Erwerb des Meierrechtes gälte, so daß in dieser Beziehung dort durch die Ablösung der gutsherrlichen Rechte, soweit dieselbe stattgefunden hat, zunächst nichts geändert worden ist.

Vgl. z. B. wegen Kalenbergs, Hoyas, Lüneburgs
Magazin f. Hann. Recht, Bd. 1, S. 397 ff. Bd. 4, S. 85 ff., 275 ff.
Neues Magazin f. Hann. Recht, Bd. 6, S. 273 ff. 285 ff.;
vergl. außerdem
Busch, Beiträge zum Meierrecht, S. 114 ff.

Selbst für Braunschweigische Colonate ist der unmittelbare Erwerb des ausschließlichen Rechtes für den Anerben anerkannt durch höchstgerichtliche Entscheidungen aus den Jahren 1845 und 1850,

Seuffert, Archiv, Bd. 16, No. 234,

mit denen freilich das oben erwähnte Urtheil vom Jahre 1862 nicht in Einklang zu stehen scheint. Und wenn für Bremen die Analogie der in Hannover geltenden Auffassung insofern allerdings nicht völlig zutrifft, als letztere durch die in den Hannoverschen Landestheilen anerkannte ausschließliche Universalsuccession des Anerben unabweislich herbei geführt wird, so ist dagegen durchaus entsprechend die Lage der Dinge im Herzogthum Oldenburg, wo einestheils die gemeinsame Universalsuccession aller betheiligten Descendenten, andererseits der unmittelbare Erwerb des Alleineigenthums an der Stelle durch den Anerben in der Praxis feststeht.

Niebour, im Archiv f. d. Praxis des Oldenb. Rechts, Bd. 6 S. 309 ff.
v. Beaulieu-Marconnay, das bäuerliche Grunderbrecht (1870), S. 26 (wonach das Recht des Anerben in der Praxis mit einem Prälegat verglichen wird).

Endlich bezeugen für die Bremischen Freigüter selbst die Motive zum §. 12 des Gesetzentwurfes vom 2. April 1875, welches, so weit hier erheblich, in den §. 12 des jetzt geltenden Gesetzes vom 14. Januar 1876 übergegangen ist, daß der dort für den Anerben verordnete unmittelbare Erwerb des Alleineigenthums schon dem bisherigen Rechte angehöre;

Verhandlungen zwischen dem Senate und der Bürgerschaft von 1875, S. 186

wobei zu beachten ist, daß auch der §. 19 jenes Entwurfes (§. 20 des Gesetzes von 1876) daneben das Beisitzrecht der Wittwe, gleich dem §. 17 der Verordnung von 1826, aufrecht erhält.

Das in den vorigen Entscheidungsgründen vorkommende aus §. 14, lit. f der Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1860, in Vergleichung mit lit. d daselbst, hergenommene Gegenargument trifft deshalb nicht zu, weil es nicht möglich ist, in den Worten: „wenn der Anerbe einen Freihof oder eine Meierstelle vermöge wirklicher oder anticipirter Nachfolge übernimmt,“ den Ausdruck „übernimmt“ so zu premiren, daß gerade nur der thatsächliche Antritt der Bewirthschaftung darunter verstanden werden könnte; er kann eben so wohl den Erwerb des ausschließlichen Rechtes an der Stelle im Allgemeinen bezeichnen sollen und nur darum gewählt sein, weil die zuletzt vorher erwähnte „anticipirte Nachfolge“ gerade auf ihn hinleitete.

Ad. 2., Allerdings würde alles bisher Erörterte der Klägerin nicht zu Gute kommen, wenn der §. 20, Abs. 2, der Verordnung von 1826 die Ascendenten schlechthin, oder auch nur zu Gunsten der Seitenverwandten von der Intestaterbfolge in das Freigut ausschlösse. Eine solche gesetzliche Bestimmung wäre gewiß sehr auffallend. Höchstens auf den ersten Blick könnte in dieser Beziehung die Bemerkung täuschen, daß der Gesetzgeber sehr wohl im Interesse der Bewirthschaftung den Anfall des Gutes an einen alten Ascendenten, wie hier die Großmutter, auszuschließen die Absicht gehabt haben könne. Einerseits würde dies doch häufig auf die Mutter gar nicht passen; eben so wenig auf den vielleicht noch sehr rüstigen Vater, insbesondere in dem sehr wohl denkbaren Falle, wo etwa ein junger Bauernsohn ein Gut durch Kauf erworben hätte und nun bald darauf ohne Leibeserben verstürbe. Andererseits kann der nächste Seitenverwandte eben so gut z. B. ein alter Oheim oder Großoheim sein. So hat denn auch das neueste Bremische Gesetz über diesen Gegenstand, das schon angeführte vom 14. Januar 1876, durchaus kein Bedenken getragen, auch für Bauerhöfe durch den §. 4, Abs. 1 die sonst gültige Ascendenten-Erbfolge zu sanctioniren.

Auch ist nicht etwa im übrigen Deutschland die Ausschließung der Ascendenten von der bäuerlichen Erbfolge der vorherrschende

Rechtszustand, obgleich eine solche wenigstens in Ansehung der Colonate particularrechtlich wohl vorkommen mag. Das Ober-Appellations-Gericht hat in der angeführten Lüb. Sache

Derlien Ehefr. w. Drath Wwe.
Wunderlich, Jurisprudenz, Bd. 2, S. 52,

die Frage offen gelassen, die Berliner Juristenfacultät dagegen als zweite Instanz in derselben Sache sich entschieden zu Gunsten der Ascendenten ausgesprochen (ebenda, S. 48 ff.) Auch

Beseler, Deutsch. Privatr., Aufl. 2, S. 772,

nimmt als Regel Ascendenten-Erbfolge selbst in Colonate an. Hiermit stimmt überein z. B. die

Kalenbergische Meierordnung v. 1772. Cap. 5, §§. 1 und 2,

sowie das Lüneburgische Meierrecht;

vergl. Magazin f. Hannoversches Recht, Bd. 4 S. 288 ff.

Es fragt sich also nur noch, ob etwa zwingende Gründe vorliegen, den §. 20, Abs. 2 der Bremischen Verordnung von 1826 im entgegengesetzten Sinne zu verstehen; ohne dergleichen Gründe dürfte man sicher nicht annehmen, daß das Gesetz für bäuerliche Freigüter eine innerlich so wenig wahrscheinliche Abweichung vom allgemeinen Erbrechte hätte einführen wollen. Nun ist die Fassung der fraglichen Bestimmung: „so fällt das Gut nach dem gewöhnlichen Erbfolgerechte an die nächsten Seitenverwandten", jedenfalls incorrect; denn nach dem gewöhnlichen Erbfolgerechte erben eben vor, bezw. neben den Seitenverwandten noch die Ascendenten. Bei dieser Sachlage ist es gewiß geboten, das wesentliche des gesetzgeberischen Willens in der Festhaltung der gewöhnlichen Erbfolgeordnung zu erblicken: will man dann nicht geradezu das Wort „Seitenverwandten" correctorisch durch „Ascendenten, bezw. Seitenverwandten" erklären, so wird man wenigstens sagen müssen, daß für den Fall, daß nach dem gewöhnlichen Erbfolgerechte nicht bloß Seitenverwandte, sondern Ascendenten in Frage kommen, im Gesetze Nichts bestimmt sei, mithin gleichfalls die allgemeine Erbfolgeordnung einzutreten habe. Diese Auffassung wird auch dadurch unterstützt, daß der Schlußsatz des §. 21 offenbar ohne weiteres von der durchgängigen Identität der Personen der Freigutserben und der Erben des übrigen Vermögens ausgeht, so wie endlich noch durch das Zeugniß der Motive zu §. 4, Abs. 1 des neuen

Gesetzes von 1876, wonach diese Vorschrift, so weit nicht bis dahin ein Anerberecht galt, nichts neues enthält.

Verhandlungen des Senates und der Bürgerschaft von 1875, S. 184.

Es ergab sich also, daß die Klägerin mit vollem Grunde das ausschließliche Eigenthum der fraglichen Stelle als von ihrem Enkel auf sie vererbt in Anspruch nehme, da ihre Eigenschaft als alleiniger Erbin dieses letztern keinem Zweifel unterliegt, und da die Einrede des Verzichtes aus den im ersten Erkenntnisse ausgeführten Gründen sich als völlig unhaltbar darstellte. Das auf Anerkennung des Erbrechtes der Klägerin an der Stelle gerichtete Klagegesuch erwies sich freilich als ungenau gefaßt. Denn eine heriditatis petitio könnte die Klägerin aus eigener Person gegen die Beklagten, weil diese ihr gar nicht das Erbrecht an dem Nachlasse ihres Enkels, sondern nur die Zugehörigkeit des Gutes zu diesem Nachlasse bestreiten, überhaupt nicht anstellen, aus der Person ihres Enkels als ihres Erblassers aber nur auf die letzterem nach §. 25 der Verordnung von 1826 zugefallene Quote, also auf die Hälfte, des Stellennachlasses seines Vaters; einen Anspruch auf die Stelle in solidum kann sie nicht unmittelbar auf ihres Erblassers Erbrecht im eigentlichen Sinne, sondern zunächst nur auf die besondere gesetzliche Wirkung seines Anerbenrechtes stützen und daher nur mittelst der rei vindicatio verfolgen. Es unterlag aber keinem Bedenken, das von der Klägerin irriger Weise gebrauchte Wort „Erbrecht" ihrer wahren Meinung entprechend als „durch Erbfolge, bezw. Anerbenrecht, erworbenes Eigenthum" auszulegen und die abzugebende Entscheidung demgemäß zu formuliren.

— — — — — — — — — — — — — —

Die Klägerin hatte zugleich einen Anspruch auf Herausgabe der Stelle und auf Rechnungslegung erhoben. Dieser Anspruch war durch Erkenntniß des Obergerichts vom 6. December 1875 zurückgewiesen. Das Ober-Appellations-Gericht bestätigte und verwies in seinen Entscheidungsgründen auf die vom Obergerichte entwickelten Gründe. Aus denselben bliebe hervorzuheben:

Dagegen mußte den Beklagten darin beigetreten werden, daß die der Stiefmutter durch §. 17 Absatz 3 der V. O. v. 23. Janr. 1826 eingeräumte Administration der Stelle bis zum Ablauf der Frist

fortdauert, auch wenn der Anerbe früher verstirbt, und aus diesem Grunde von einer Verpflichtung der Wittwe Ellmers zur Herausgabe der Stelle zur Zeit keine Rede sein kann, da diese Frist im vorliegenden Falle unbestritten noch nicht abgelaufen ist.

Soviel ist zunächst außer Zweifel, daß es sich bei jener Administration nicht um eine im Interesse des Anerben getroffene Einrichtung handelt, sondern um eine der Stiefmutter ertheilte, von den Grundsätzen der statutarischen Gütergemeinschaft abweichende eigene Berechtigung derselben, da es rücksichtlich des Anerben nicht bedenklicher erscheinen konnte, die Stellverwaltung den Vormündern bezw. dem volljährigen Anerben selbst anzuvertrauen, als sie der Stiefmutter zu belassen. Auch läßt sich der Grund, weshalb das Gesetz der Wittwe aus zweiter Ehe ein eigenes Recht auf Fortführung der Verwaltung gewährt, unschwer darin erkennen, daß die für eine gedeihliche Bewirthschaftung der Stelle regelmäßig nothwendige Wiederverheirathung eines verwittweten Stellwirthes häufig gar nicht zu ermöglichen sein würde, wenn nicht die aufheirathende zweite Ehefrau Gewißheit hätte, auch noch nach dem Tode ihres Mannes wenigstens für eine bestimmte Zeit auf der Stelle ein gesichertes Unterkommen zu finden. Wenn aber diese ratio legis dahin führen konnte, selbst dem Anerben die Administration der ihm zugefallenen Stelle bis zu seinem 30. Lebensjahre zu Gunsten der Stiefmutter zu entziehen, so liegt gewiß kein Grund vor, diese Frist dann abzukürzen, wenn der ursprüngliche Anerbe verstirbt und das Recht der Stellnachfolge auf einen Dritten übergeht. Aus der Natur und dem Zwecke des der Wittwe eingeräumten Administrationsrechtes folgt vielmehr, daß dessen einmal begründeter Umfang durch den Tod des Anerben nicht berührt wird, sondern die Rechtsnachfolger desselben verbunden sind, der Wittwe bis dahin, wo der verstorbene Anerbe das 30. Lebensjahr vollendet haben würde, das Regier auf der Stelle zu belassen. Ein anderer Sinn ist auch den Worten des Gesetzes nicht beizulegen, wohl aber enthält dasselbe in §. 18 Abs. 3 eine Bestätigung dieser Auffassung. Denn indem das Gesetz dem Vater die Befugniß giebt, durch testamentarische Verfügung den Termin zur Ablieferung des Gutes an den Anerben beliebig hinauszurücken ohne Beschränkung auf die Lebensdauer des letzteren, erkennt es

an, daß das Recht der Wittwe, sofern der Vater von jener Befugniß Gebrauch gemacht hat, nicht mit dem Tode des Anerben hinfällig wird, und es liegt kein genügender Grund vor, hinsichtlich der Beendigung des Rechtes der Wittwe einen so wesentlichen Unterschied anzunehmen, je nachdem es bei der gesetzlichen Frist sein Bewenden behält, oder dieselbe durch Verfügung des Vaters verlängert wird.

Was den Inhalt des der Stiefmutter nach §. 17 Abs. 3 der frgl. Verordnung zustehenden Administrationsrechtes anlangt, so hat dasselbe zwar nicht den Charakter eines so weit gehenden Nutzungs- und Verwaltungsrechtes, wie es der mit ihren Kindern auf Gedeih und Verderb sitzenden Wittwe an den statutarischen Portionen ihrer Kinder zusteht, sondern es ist im wesentlichen eine Verwaltung fremden Vermögens.

Andererseits hat sie aber auch keineswegs eine Stellung, welche der eines Mandatars oder eines Vormundes analog wäre, sondern sie führt die Verwaltung kraft eigenen Rechtes und ist nicht nur befugt, ihren eigenen Unterhalt wie den ihrer Kinder von den Erträgnissen der Stelle zu bestreiten, sondern die bei ordnungsmäßiger Admistration erzielten Ueberschüsse kommen, soweit sie nicht etwa in der Folge noch wieder in die Stelle verwandt werden müssen, ihr zu gute. In dieser Beziehung ist ihre Stellung der eines Interimswirthes ähnlich. Während der Admistrationszeit steht dem Anerben bezw. seinem Rechtsnachfolger ein Recht der „Aufsicht und Mitwirkung" bei der Verwaltung zu, vermöge dessen derselbe für befugt erachtet werden muß, gegen Verwaltungsmaßregeln der Wittwe, welche sein Interesse gefährden, Einsprache zu erheben, auch aus besondern Gründen von der Verwaltung Einsicht zu nehmen oder Rechenschaft zu verlangen.

Dagegen kann ihm, abgesehen von solchen Ausnahmefällen, während der Administrationszeit ein Anspruch auf Rechnungsablage oder Herausgabe etwaiger Ersparnisse nicht zugestanden werden, weil es ein von seinem Willen unabhängiges Recht ist, vermöge dessen die Wittwe die Stelle administrirt, und weil sie für eigene Rechnung die Stelle bewirthschaftet.

Hiernach ist nicht nur das klägerische Verlangen der Herausgabe der Stelle zur Zeit zurückzuweisen, sondern es fehlt auch dem Anspruche auf Rechnungsablage an einer genügenden Begründung,

da besondere Umstände, welche die Wittwe Ellmers schon vor Ablauf ihrer Regierjahre verpflichteten, der Klägerin über die Administration der Stelle Rechenschaft zu geben, nicht angeführt sind.

49.

Wilckens & Apitzsch zu Bremen, Kläger, wider Johann Conrad Lüdeke zu Bremen, Beklagten, Ansprüche aus einem Kaufcontract betreffend.

Urtheil vom 28. Februar 1878.

Durch Nichtangabe zum Abkündigungsprotokolle gehen nur solche Servituten verloren, welche, ohne in der Beschreibung aufgeführt zu sein, auf dem veräußerten Immobile bereits während des Laufes der Abkündigungsfrist haften.

Durch die Lassung erlangt der Erwerber keine durchgängige Sicherheit vor unbekannten dinglichen Lasten.

Aus den Gründen:

in Erwägung:

daß dem Obergericht darin beizutreten ist, daß die fragliche Servitut, selbst wenn sie nicht den örtlichen Verhältnissen nach durch den Augenschein äußerlich nachgewiesen gewesen sein sollte, durch die Lassung des dienenden Grundstückes an Garves den Klägern gar nicht wieder entzogen worden ist, weil auf Grund von §. 32, lit. b der Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1860 durch Nichtangabe zum Abkündigungsprotokolle überhaupt nur solche Servituten verloren gehen können, die, ohne in der Beschreibung aufgeführt zu sein, auf dem veräußerten Immobile haften, d. h. natürlich während des Laufes der Abkündigungsfrist haften, nicht auch solche, die erst nachher entstanden sind, und weil, wenn §. 13, Abs. 1 desselben Gesetzes bestimmt, daß durch die Lassung der Erwerber unbedingt das Eigenthum und vollkommene Sicherheit er-

lange, dabei nur an die Sicherheit des Eigenthumserwerbes im allgemeinen, nicht auch an eine durchgängige Sicherheit vor unbekannten dinglichen Lasten gedacht ist, wie schon daraus hervorgeht, daß einerseits die in §. 32, lit. b enthaltenen Einzelbestimmungen über die Rechtsfolgen der Versäumung der Angabe für erforderlich, andrerseits die in §. 33 anerkannten Ausnahmen hiervon für mit dem §. 13, Abs. 1 vereinbar erachtet worden sind;

daß bei dieser Sachlage der andere vom Obergericht für die Abweisung der Klage geltend gemachte Grund, daß nämlich der Beklagte die ihm als Verkäufer in Betreff der zugesicherten Servitut obliegende Verbindlichkeit durch wirkliche Verschaffung der erstern erfüllt, und nicht etwa, so viel an ihm lag, dafür zu sorgen gehabt habe, daß die Kläger auch im Genusse der Leistung verblieben, einer Erörterung nicht unterzogen zu werden braucht.

50.

Heinrich Hünecke Wittwe zu Bremen, Klägerin, wider H. Kobs zu Woltmershausen bei Bremen für sich und seine Ehefrau, Wilhelmine geb. Hüneke, Beklagten, Räumung einer Bauerstelle betreffend.

Urtheil vom 7. März 1878.

Die aufgeheirathete Meierfrau erwirbt durch die Mitbemeierung nicht das Recht, ohne Zustimmung des Anerben über die Substanz des Gutes verfügen.

Das Anerbenrecht geht nicht verloren, wenn der Anerbe zur Zeit des Anfalls verschollen ist, sondern nur, wenn derselbe für todt erklärt ist.

Das Recht des Abfindlings, bis zur Zahlung der Abfindung auf der Stelle zu bleiben, ist ein rein persönliches und erstreckt sich nicht auf den Ehegatten desselben.

Während das Römische Recht die Abwesenheitscuratel lediglich als cura bonorum auffaßt, haben die Curatoren

Abwesender nach Bremischem Rechte im Wesentlichen dieselbe Stellung wie die Curatoren Minderjähriger.

Entschuldbarkeit des Rechtsirrthums.

Aus den Gründen:

Die angefochtene Entscheidung beruht wesentlich auf folgenden zwei Hauptsätzen.

1., die Mitbemeierung der alten Wwe. Hüneke verlieh ihr keine über die Befugnisse der aufgeheiratheten Meierfrau hinausgehenden Rechte, so daß sie zu Dispositionen über die Substanz des Gutes ohne Zustimmung des Anerben nicht für befugt zu achten ist;

2., Anerbe war der älteste Sohn Hermann, welcher zwar verschollen sein soll, von dem aber einstweilen nicht constirt, daß er zur Zeit des Anfalls todt oder versorgt war, und der bislang auch noch nicht für todt erklärt ist.

Dem ersten dieser Sätze, soweit er die erstinstanzliche Annahme einer die Successionsrechte der Kinder ausschließenden Consolidation des Meierrechts in der Person der mitbemeierten Wittwe verneint, ist unbedenklich beizustimmen. Er findet seine Bestätigung in §. 3 der Ablösungsordnung von 1850, wo die mitbemeierte Wittwe nur in dem Falle, wenn successionsberechtigte Descendenten nicht vorhanden sind, als ein zur Stellung des Ablösungsantrages berechtigter Pflichtiger behandelt wird.

Dagegen lassen sich gegen den zweiten Satz Zweifel erheben aus der Bestimmung in dem laut der Ablösungsordnung hier anzuwendenden §. 19 der Verordnung von 1826, wonach der an sich zunächst zur Succession berufene Anerbe dann zur Succession unfähig sein soll, wenn er sich „in einem solchen Zustande befindet, der nach gemeinem Rechte die Bestellung eines Kurators eines Volljährigen nach sich zieht“. Nach der eigenen Darstellung des Beklagten ist nämlich der älteste Sohn Hermann bereits seit zwanzig Jahren verschollen, befand sich also zur Zeit des Anfalls (1862), wie es scheint, in einem Zustande, der nach gemeinem Recht die Bestellung einer Curatel über Volljährige bedingte. Unter „gemeinem Rechte“ wird die Verordnung von 1826, das für alle Bürger gleichmäßig geltende Recht im

Gegensatz zum bäuerlichen Standesrechte verstehen, auch wo ersteres auf bremischen Rechtsquellen beruht.

Allein wenn auch gegenüber dem römischen Rechte, welches die Abwesenheitscuratel lediglich als cura bonorum auffaßt, in Deutschland vielfach die Curatoren Abwesender dieselbe Stellung wie die Curatoren Minderjähriger erhalten haben,

(Gerber, Deutsches Privat-Recht § 247).

und namentlich für Bremen ein gleiches sich folgern läßt aus der Ueberschrift des vierten Abschnittes der Vormundschafts-Ordnung von 1826, sowie den Bestimmungen in §§. 113—118 und 120 das.; so ist doch von einer Anwendung jener Bestimmung des §. 19 cit. auf den Fall der Verschollenheit des Anerben abzusehen. Gegen dieselbe spricht schon der wesentliche innere Unterschied, der doch immer zwischen der cura absentis und den übrigen Pflegschaften für Großjährige besteht. Während es sich nämlich bei diesen um eine rechtliche Unfähigkeit handelt, die deshalb auch die gesammte Rechtssphäre des Curanden, wenigstens die vermögensrechtliche, ergreift, gilt es bei jener nur, die nachtheiligen Folgen einer thatsächlichen und nur dort, wo der Betreffende eben abwesend ist, vorhandenen Handlungsunfähigkeit abzuwenden. Rechtlich ist der Abwesende an keiner Disposition gehindert, wie sich denn z. B. nicht bezweifeln ließe, daß ein von ihm nachweislich zur Zeit, wo hier eine Abwesenheitscuratel für ihn bestand, anderwärts errichtetes Testament auch hier volle Gültigkeit haben würde. Sachlich geht somit die cura absentis doch nicht über die Bedeutung einer bloßen cura bonorum hinaus, mag sie auch immerhin in manchen Beziehungen, z. B. Verpflichtung zur Uebernahme und obrigkeitliche Beaufsichtigung, den Personalcuratelen gleichgestellt sein.

Es kommt dann aber hinzu, daß in den §§. 19 und 28 der Verordnung betreffend die Verschollenen von 1826 die Todeserklärung als Voraussetzung für den Verlust des Anerbenrechtes hingestellt wird. Ist somit gegen die Richtigkeit auch des zweiten der obigen Sätze nichts einzuwenden, so ergiebt sich daraus doch keineswegs, daß auch die vom Obergerichte aus ihnen gezogene Folgerung der Abweisung der Klage für begründet zu

erachten wäre. Sie wäre es vielmehr nur dann, wenn sich die Klage lediglich als actio negatoria in eigentlichen Sinne auffassen ließe, wird aber hinfällig, soweit die Klage als actio Publiciana (in negatorischer Function) für genügend substantiirt angenommen werden darf. Letzteres ist hier der Fall. — Daß ein Uebertragungs-Contract, wie er hier vorliegt, mit hinzutretendem Besitzerwerbe einen justus titulus darstellt, kann keinem Bedenken unterliegen. An dem Besitzerwerbe läßt sich aus den vom Untergericht entwickelten Gründen nicht zweifeln. Zwar kann der Glaube, durch den Uebertragungscontract Eigenthümer der Stelle geworden zu sein, hier wohl nur auf der allerdings rechtsirrthümlichen Annahme der Dispositionsbefugniß der Mutter beruhen. Allein für schlechthin unentschuldbar darf auch der Rechtsirrthum nicht gelten, und im vorliegenden Falle erscheint er gegenüber der Thatsache der Mitbemeierung der Wittwe und der weitgehenden Verwaltungsbefugniß, welche in der Regel den bremischen Wittwen zusteht, um so eher als entschuldbar, als nicht nur der Gutsherr und der Landherr kein Bedenken getragen haben, zu dem Vertrage ihre Zustimmung zu ertheilen, sondern auch das Erbe- und Handfestenamt auf Grund des Vertrages die Umschreibung auf den klägerischen Ehemann verfügt hat. Daraus daß die Genehmigung des Landherrn nicht innerhalb vier Wochen nach Abschluß des Vertrages erklärt worden, kann kein Grund gegen die Zulänglichkeit des Titels entnommen werden, da es nur darauf ankommt, daß die Genehmigung innerhalb vier Wochen nachgesucht worden sei, und daß dies unterblieben, nicht behauptet ist.

Auf Grund dieses Titels nun erscheint die Klägerin Jedem gegenüber, der sich nicht als Eigenthümer der Stelle oder wenigstens als Besitzer auf gleich guten Titel ausweisen kann, als der besser Berechtigte, zumal aber dem Beklagten und seiner Ehefrau gegenüber, die selber behaupten, Erben der Uebertragerin geworden zu sein und als solche deren facta präftiren müssen. Nur soweit der Ehefrau des Beklagten als Abfindlingin das Recht zusteht, bis zur Zahlung der Abfindung auf der Stelle zu bleiben, kann die Klägerin gegen sie nur mit dem Nachweise der Zahlung bezw. der Aechtheit der behaupteten Quittung durchdringen. Das Untergericht hat auf solchen Beweis erkannt, und bei dem Mangel

eines desfälligen Beschwerde der Klägerin mußte es dabei sein Bewenden behalten. Dagegen war die hier aus voriger Instanz wieder auflebende dritte Beschwerde des Beklagten:

daß nicht auch der Beklagte selbst für berechtigt erklärt worden, die qu. Stelle vor Auskehrung der ihm bezw. seiner Ehefrau gebührenden Abfindung nicht zu verlassen,

zu verwerfen. Denn daß das fragliche Recht des Abfindlings ein rein persönliches ist, sich nicht auf einen Ehegatten oder gar fernere Familie erstreckt, läßt sich nicht wohl bezweifeln; der etwa geltend zu machende Gesichtspunkt einer unzulässigen Trennung der Ehe aber trifft deshalb nicht zu, weil es ja im freien Belieben der beklagtischen Ehefrau steht, ob sie von dem Rechte, auf der Stelle zu bleiben, Gebrauch machen will.

51.

Die Firma M. Michelsohn & Co. in Hausberge, Klägerin, wider Wilhelm Below in Bremen, Beklagten, wegen Anerkennung eines Schiedsvertrages.

Urtheil vom 12. März 1878.

Zur Interpretation eines Schiedsvertrages.

Aus den Gründen:

Nach Vereinbarung der Parteien soll im gegenwärtigen Rechtsstreite nur darüber entschieden werden:

ob die Parteien auf das Schiedsurtheil des vormaligen Baudirectors Berg überhaupt compromittirt haben,

eventuell: bezüglich welcher Kategorie von Streitigkeiten.

Die beiden vorigen Instanzen haben diese Frage dahin beantwortet, daß die Parteien durch §. 7 des Lieferungsvertrages vom 19. Juni 1871 dem Baudirector Berg die schiedsrichterliche Entscheidung aller in Anlaß dieses Vertrages entstehenden Streitigkeiten übertragen haben.

Beklagter bestreitet nicht, daß die Parteien auf das schiedsrichterliche Urtheil Berg's compromittirt haben; behauptet aber, daß Berg nur die auf die Auslegung des Lieferungsvertrages sich beziehenden Streitigkeiten habe entscheiden sollen.

Der §. 7 lautet:

„Sollten Streitigkeiten über einzelne Punkte dieses Contractes zwischen dem Unternehmer und Lieferanten entstehen, so haben beide sich dahin geeinigt, daß mit Ausschließung des Rechtsweges der Baudirector Berg in letzter Instanz rechtsverbindlich für beide Theile solche Streitigkeiten entscheiden soll."

In Ermangelung besonderer, eine einschränkende Auslegung erheischender Gründe sind unter „Streitigkeiten über einzelne Punkte dieses Contractes" alle aus dem Vertrage entspringenden, auf die vertragsmäßigen Rechte und Pflichen der Parteien sich beziehenden Streitigkeiten zu verstehen.

Erhebliche innere Gründe unterstützen diese Auffassung. Denn es ist nicht wahrscheinlich, daß die Parteien ihre etwaigen Streitigkeiten haben zerreißen, — die Entscheidung der auf die Auslegung des Vertrages bezüglichen Streitpunkte dem Schiedsrichter haben überweisen, die Erledigung der übrigen Streitpunkte dem ordentlichen Gerichte haben belassen wollen. Ein solches Zerreißen der Rechtsstreitigkeiten wäre vielmehr in hohem Grade unzweckmäßig gewesen: der Zweck des §. 7 — die schnelle in nur Einer Instanz erfolgende Entscheidung der Streitigkeiten — würde nicht erreicht; vielmehr würden in jedem Falle erhebliche, mit einiger Sicherheit kaum zu lösende, jedenfalls eine gerichtliche Entscheidung erfordernde Zweifel darüber entstehen, welche Streitpunkte als Auslegungs-Streitigkeiten anzusehen seien und welche nicht. Ein Blick auf die von Berg im Schiedsurtheil vom 12. April 1876 entschiedenen Streitigkeiten bestätigt die Richtigkeit dieser Erwägung. Bei fast jedem streitigen Anspruche läßt unter den bei der Entscheidung in Betracht zu ziehenden Momenten Ein Punkt als auf die Auslegung des Vertrages bezüglich sich bezeichnen. Kaum Einer aller streitigen Ansprüche könnte durch den Schiedsrichter unbedingt erledigt werden, wenn dessen Competenz eine so beschränkte wäre,

wie Beklagter vermeint. Hätte der §. 7 den vom Beklagten behaupteten Sinn, so hätten die Parteien eine praktisch nutzlose, ja schädliche Bestimmung getroffen. Eine Auslegung, die zu solchem Ergebniß führt, darf ohne die zwingendsten Gründe nicht angenommen werden.

Diesem allgemeinen Grunde tritt unterstützend Folgendes hinzu: Beklagter hat in seinen dem Schiedsurtheil vorangegangenen Korrespondenzen mit der Klägerin und mit Berg nur behauptet, das schiedsrichterliche Amt Berg's sei erloschen, nicht aber, derselbe sei überhaupt nur zur Entscheidung von Auslegungs-Streitigkeiten bestellt. Mit dieser Behauptung ist Beklagter vielmehr erst im jetzigen Processe hervorgetreten. Sodann hat Berg, der als Verfasser des Vertrages den von den Parteien gewollten Sinn des §. 7 kennen konnte, in seinem Schiedsurtheil entschieden nicht bloß über die Streitigkeiten über

„Ansprüche des Beklagten wegen verschiedener ihm durch Verspätung der klägerischen Lieferungen erwachsener Verluste",

sondern vielmehr über alle unter den Parteien in Anlaß des Lieferungs-Vertrages enstandenen Streitigkeiten.

Daher ist der §. 7 im Sinne der Klägerin zu verstehen, sofern nicht besondere Umstände zu einer einschränkenden Auslegung nöthigen. In dieser Beziehung macht Beklagter zunächst geltend, daß Berg den §. 7 veranlaßt und durch denselben nur Störungen des Baues der Wasserleitung habe verhindern wollen, und daß hierzu nur die schleunige Erledigung der Auslegungs-Streitigkeiten nöthig gewesen sei. Ersteres ist freilich richtig, nicht aber Letzteres. Jeder Streit der Parteien über ihre beiderseitigen Rechte und Pflichten — einerlei ob er in verschiedener Auslegung des Vertrages oder in anderen Umständen seine Quelle hatte — konnte eine Verzögerung der klägerischen Steinlieferungen und daher auch der beklagtischen Bau-Arbeiten bewirken; schleunige Entscheidung jedes Streites lag daher im Interesse der Bauverwaltung. Mindestens konnte Berg sehr wohl annehmen, es sei im fiskalischen Interesse die schnelle und einfache Erledigung aller Streitigkeiten der Parteien erwünscht. Daher entsprach es durchaus der Sachlage, wenn Berg die Parteien veranlaßte,

die schiedsrichterliche Entscheidung aller Streitigkeiten zu verabreden und gerade ihm zu übertragen.

Bedeutungslos ist auch der §. 3 des Lieferungsvertrages, (in welchem einzelne bestimmte Punkte dem schiedsrichterlichen Urtheile Berg's unterstellt werden.) Wenn auch hierin Berg nicht — wie das Obergericht will — zur Ergänzung einer unvollständigen Vertragsbestimmung, sondern zur schiedsrichterlichen Entscheidung von Streitigkeiten berufen sein möchte, und zwar solcher Streitigkeiten, die auch unter die allgemeine Bestimmung des §. 7 fallen, so folgt hieraus doch nur, daß §. 3 überflüssig, nicht aber die Richtigkeit der beklagtischen Auslegung des §. 7, — und das umso weniger, als häufig in Verträgen, zumal wenn sie von Nicht-Juristen verfaßt werden, einzelne besonders wichtige Detailbestimmungen vorkommen, welche streng genommen mit Rücksicht auf eine schon vorhandene allgemeinere Vorschrift entbehrlich gewesen wären.

Hiernach ist die Competenz des Schiedsrichters von den vorigen Instanzen richtig festgestellt.

52.

Johann Hagens zu Bremen, Kläger, wider Peter Kuhlen zu Bremen, Beklagten, Deposition von Kaufgeldern betreffend.

Urtheil vom 16. März 1878.

Zur Interpretation des §. 53 der Erbe- und Handfesten-Ordnung. Der Verkäufer eines Grundstücks kann nur dann Deposition des Kaufpreises verlangen, wenn die Lassung einerseits und die definitive Zahlung des Kaufpreises andrerseits wegen Hindernisse, welche vorübergehender Art sind, noch nicht erfolgen kann.

Aus den Gründen:

Der Beklagte hat im weiteren Verlauf der gegenwärtigen Instanz successiv noch zwei Einreden als neuentstandene geltend gemacht. Die mittelst Eingabe de praes. 20. November 1875

vorgetragene Einrede, Kläger habe sich in die Unmöglichkeit versetzt, das streitige Grundstück zu liefern, weil der öffentliche Verkauf des letzteren bevorstehe, mußte durch die ferner mittelst Eingabe de praes. 20. März 1876 geltend gemachte Einrede für erledigt gehalten werden, indem mit der letzteren behauptet und bescheinigt worden ist, daß das Grundstück inzwischen wirklich im Executivwege an einen Dritten verkauft worden sei. Es kam daher nur noch auf diese zweite Einrede an, über welche zur Zeit die Behauptungen des Beklagten allein vorliegen, da der Kläger sich mit der ihm darüber aufgegebenen Erklärung hat präcludiren lassen. Die Geltendmachung der Einrede war nach §. 130 der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung für statthaft zu erachten, da jener Verkauf, wie durch die Anlagen A. und B. bescheinigt wurde, am 3. December 1875, also längst nach Einführung der Appellation und selbst nach dem am 21. Juli 1875 erkannten Actenschlusse, vor sich gegangen ist. Die Einrede konnte aber auch nicht als unerheblich verworfen werden. Denn der §. 53 der Erbe- und Handfesten-Ordnung, welcher den Rechtsgrund des Klaganspruchs auf Deposition eines Theiles der Kaufgelder bildet, bezieht sich überall nur auf eine solche Lage der Vollziehung eines abgeschlossenen Kaufgeschäftes, in welcher wegen vorübergehender Hindernisse die Lassung einerseits (vergl. §. 61) und die definitive Zahlung des Kaufpreises anderseits noch nicht erfolgen kann, immer aber die Erwartung eine wohlbegründete ist, daß die Hindernisse sich beseitigen werden und es dann zu jenen Abschlußhandlungen komme. Es bestätigt sich dies namentlich dadurch, daß im zweiten Satze des §. 53 die Pflicht zur Deposition unter den daselbst bezeichneten Umständen von einer dem Käufer für unvorzügliches Nachfolgen der Lassung zu leistenden Sicherheit abhängig gemacht wird. Jene Voraussetzung wird nun aber beeinträchtigt, sobald das verkaufte Grundstück in aller Rechtsform auf einen dritten Eigenthümer übertragen und damit der Verkäufer für jetzt außer Stande gesetzt worden ist, dasselbe dem Käufer, der zur Deposition des Kaufgeldes angehalten werden soll, zu liefern und zu verlassen. Die wechselseitigen Verbindlichkeiten aus dem Kaufvertrag sind allerdings nicht gelöst. Allein eben mit der Natur des Kaufvertrages würde es nicht vereinbar sein, wollte man die besondere Verpflichtung

des Käufers aus §. 53 als eine völlig für sich bestehende und von jener Voraussetzung in Betreff der Gegenleistung des Verkäufers unabhängige ansehen. Und die bloße Möglichkeit, daß der Verkäufer das Grundstück künftig wieder an sich bringen und so sich in die ursprüngliche Lage zurückversetzen werde, kann der berechtigten Erwartung nahe bevorstehender beiderseitiger Vollziehung, worauf der angeführte §. 53 beruht, offenbar nicht gleichgesetzt werden. Es war daher anzuerkennen, daß der Beklagte mit der vorgeschützten Einrede, vorbehältlich des Ergebnisses der darüber einzuleitenden Verhandlung, entweder die Abweisung der Klage, oder doch die Bestellung einer ihm vom Kläger vor Erfüllung der Klagbitte zu leistenden Sicherheit wird erwirken können.

53.

Johann Christian Heinrich Bartels Ehefrau, Laura geb. Osten und Josephine Osten zu Nordstemmen, sowie Friedrich August Osten zu New-York, Kläger, wider Dr. Hermann Arnold Albers und Carl Osten zu Bremen als Testamentsvollstrecker von Ferdinand Osten daselbst, Beklagte, wegen Legates, jetzt geführten Beweis betreffend.

Urtheil vom 30. März 1878.

Eine probatio per aequipollens ist nur dann anzunehmen, wenn der Beweissatz zwar nicht dem Wortlaute, wohl aber dem wahren Sinne nach erwiesen ist.

Ein Gesellschafter kann nicht im Namen der Gesellschaft mit sich selbst einen Vertrag eingehen.

Zur Erleichterung des Verständnisses der Entscheidungsgründe, welche nachstehend im Auszuge folgen, ist vorauszuschicken, daß der verst. Ferdinand Osten am 10. Januar 1868 mit A. M. A. Ankersmit einen Vertrag abgeschlossen hatte, inhalts dessen er von dem Letzteren für eine Summe von 10,000 Thlr. Gold eine jährliche Leibrente von 600 Thlr. Gold kaufte. Jedoch

wurde die Vereinbarung von der Bedingung abhängig gemacht, daß es dem p. Ankersmit gelingen würde, innerhalb sechs Monaten, vom Tage des Vertragsschlusses an gerechnet, für die Forderung der Firma Osten & Ankersmit (deren alleinige Inhaber die beiden Contrahenten waren) an die fallite Firma Carl Focke Ww. & Sohn eine Summe von 10,000 Thlr. Gold zu erhalten. Dieser Vertrag befindet sich unter [11] bei den Akten.

In den Gründen heißt es:

Das Erkenntniß des Untergerichts, welches den durch Obergerichts-Erkenntniß vom 9. November 1874 den Beklagten auferlegten Beweis:

„daß Ankersmit die im Vertrage [11] beregten 10,000 Thlr. Gold von der Firma C. Focke Ww. & Sohn binnen sechs Monaten vom Tage des Vertrages — 10. Janr. 1868 — erhalten habe",

für völlig verfehlt erklärt, [und die nachträglich erhobene Einrede der Beklagten verworfen hat] mußte, der reformatorischen Entscheidung des Obergerichts gegenüber, wieder hergestellt werden.

Freilich irren die Kläger, wenn sie dem Obergericht den Gedanken unterlegen, es genüge, wenn die Beklagten nur das beweisen, daß sie Ursache gehabt hätten, die Erfüllung der dem Vertrage [11] zugefügten Bedingung für beschafft zu halten. Insoweit stellten sich die Ausführungen der Kläger in dieser Instanz als gegenstandlos dar; denn das Obergericht hat vielmehr einfach die Thatsache, „daß Ankersmit binnen sechs Monaten vom Tage des Vertrages — 10. Januar 1868 — dem Mitbeklagten Carl Osten inhalts des Briefes ([22] der Untergerichts-Acten) die Erklärung abgegeben hat, er habe für die Forderung der Firma Osten & Ankersmit in Liquidation an Carl Focke Ww. & Sohn 10,000 Thlr. Gold erhalten," gerade selbst für eine Erfüllung der in [11] gesetzten Bedingung, und daher für ein aequipollens der zum Beweise verstellten Thatsache, sowie ferner den Beweis der erstern Thatsache für bis zum Erfüllungseide erbracht erklärt.

Dieser Anwendung des Begriffs der probatio per aequipollens vermochte sich nun aber das Ober-Appellations-Gericht nicht anzuschließen. Eine gleichwerthige Beweisführung kann allerdings

die Stelle der eigentlich angeordneten in dem Sinne, aber auch nur in dem Sinne vertreten, daß man bei Beurtheilung des Beweisergebnisses sich nicht sowohl an den Wortlaut, als an den wahren Sinn des Beweissatzes zu halten hat. So hat auch das Untergericht mit Recht schon anerkannt, daß der hier fragliche Beweis geführt sein könne, ohne daß gerade — was doch der Wortlaut des Beweissatzes zu verlangen scheint — eine innerhalb der vertragsmäßigen Frist von C. Focke Ww. & Sohn an Ankersmit erfolgte Geldzahlung zum Belaufe von 10,000 Thlr. Gold dargethan zu sein brauchte. Insbesondere würde allerdings der Umstand, daß durch den Vertrag [34] Ankersmit für die Forderung der Firma Osten & Ankersmit in Liquidation an C. Focke Ww. & Sohn nicht von der letzteren Firma selbst, sondern (abgesehen von der ohnehin schon gesicherten Dividende laut [35]) nur von Eduard Focke Etwas erlangt hat, nicht hindern, in dem Abschlusse dieses Vertrages, falls dem sonst Nichts entgegenstände, einen den Beweissatz deckenden Vorgang zu erblicken. Denn nach dem Vertrage [11] sollte es Ankersmit nur überhaupt gelingen müssen, für jene Forderung eine Summe von 10,000 Thlr. Gold zu erhalten, gleichviel von wem, und wenn es im Beweiserkenntnisse heißt: „von der Firma C. Focke Ww. & Sohn", so hat sich dasselbe damit ohne Zweifel, gegen die eigentliche Meinung, nur ungenau ausgedrückt; wenn auch vielleicht nicht gerade, wie das Obergericht jetzt angenommen hat, im Interesse größerer Kürze, so doch verleitet durch den Umstand, daß die Parteien im ersten Verfahren von Anfang an ebenfalls die vertragsmäßige Ausdrucksweise unachtsamer Weise durch diese andere ersetzt hatten, ohne daß es ihnen dabei eingefallen wäre, damit sachlich etwas Anderes, als das im Vertrage [11] als Bedingung Aufgestellte, bezeichnen zu wollen.

Vollends die Frage, was unter „erhalten" im Sinne des Vertrages [11], und folglich auch des Beweissatzes zu verstehen sei, ob gerade nur die Erlangung einer wirklichen Geldzahlung, oder eben sowohl auch die Erzielung einer Sicherung derselben durch ein vertragsmäßiges Abkommen, ist in den Entscheidungsgründen zu dem in den obern Instanzen bestätigten Beweisinterlocute des Obergerichts sogar ausdrücklich offen gehalten worden.

Unbedenklich verdient auch die letztere, weitere Auslegung den Vorzug, zunächst schon aus den vom Untergericht aus der Wortfassung des Vertrages [11] entnommenen Gründen, denen das Obergericht nicht mit Unrecht noch die aus dem Vertrage im Ganzen und aus den Umständen, unter welchen er geschlossen wurde, erkennbare Absicht der Contrahenten hinzugefügt hat.

Ganz anders steht es aber mit der Annahme des Obergerichts, daß dem Beweissatze auch dadurch schon genug gethan sei, wenn nur vorliege, daß Ankersmit selbst innerhalb der fraglichen Frist dem Ferd. Osten, bezw. dessen Testamentsvollstreckern, seinen Willen erklärt habe, den Osten'schen Antheil der Forderung der gemeinsamen Firma an C. Focke Wwe. & Sohn für 5000 Thlr. Gold zu übernehmen. Zuvörderst wäre dies mit dem Wortlaute des Vertrages [11] auf keine Weise zu vereinigen. In keinem Sinne könnte man von einem solchen Vorgange sagen, daß es dem Ankersmit nun gelungen sei, für die Forderung seiner Firma 10,000 Thlr. zu erhalten. Denn natürlich könnte derselbe nicht etwa als eine Uebereinkunft gedacht werden, die Ankersmit als Vertreter der Firma mit sich selbst abgeschlossen hätte, da ein Gesellschafter im Namen der Gesellschaft überhaupt keinen Vertrag mit sich selbst eingehen kann.

Vgl. Entscheidungen des Reichs-Oberhandels-Gerichts, Bd. 8, S. 392 ff., und Bd. 9, S. 431.

Es wird eben mit der Auffassung des Obergerichts dem Abkommen, das über die Forderung der Firma mit einem Dritten für 10,000 Thlr. getroffen sein sollte, etwas ganz anderes substituirt, nämlich eine Vereinbarung, welche Ankersmit über den Antheil des Ferd. Osten an jener Forderung innerhalb des Gesellschaftsverhältnisses mit den Rechtsnachfolgern des Osten selbst für 5000 Thlr. getroffen haben würde. Aber auch sachlich wäre es mindestens nicht unbedenklich, eine solche Willenserklärung des Ankersmit als gleichwerthig mit dem Erlangen einer Summe von 10,000 Thlr. von außen her gelten zu lassen. Das Obergericht selbst hat bemerkt, der Vertrag [11] ergebe nicht, daß die fragliche Suspensivbedingung lediglich zu Gunsten Ankersmits stipulirt sei. In der That ist es auch wenigstens sehr wohl denkbar, daß Osten sich auf diesen ganzen

Leibrentenkauf sammt seiner Nebenberedung über die spätere Verwendung des Kaufpreises zur nachträglichen Befriedigung der Gläubiger nur unter der Voraussetzung hat einlassen wollen, daß Ankersmit ihm durch wirkliche Erzielung von 10,000 Thlr. aus dem Vermögen eines Dritten für die richtige Zahlung der Leibrente um soviel sicherer werde.

54.

Jacob Schierenbeck zu Bremen, Kläger, gegen den Bremischen Staat, Beklagten, Rückforderung entrichteter Steuern betreffend.

Urtheil vom 6. April 1878.

> Das Rechtsverhältniß zwischen dem Staate und dem Einzelnen, kraft welches der letztere zur Steuerzahlung verpflichtet wird, ist kein civilrechtliches, sondern ein staatsrechtliches. Auf dasselbe finden die civilrechtlichen Grundsätze über Rückbeziehung neuerer Gesetze keine Anwendung.
>
> Bis zum Erlaß des Bremischen Steuergesetzes vom 15. December 1875 konnte eine Neuschätzung von Immobilien innerhalb eines Kalenderjahres erst für die Veranlagung der Steuer für das nächstfolgende Jahr wirksam werden.
>
> Die Schätzung eines Immobile ist rechtlich vollendet mit dem Tage der durch die Generalschätzer vorgenommenen Einschätzung, nicht erst mit der Erledigung des von dem Steuerpflichtigen gegen diese Schätzung eingebrachten Recurses.

Aus den in dieser Sache vom Obergericht abgegebenen Gründen, welche das Ober-Appellations-Gericht sich lediglich aneignete:

Durch die Gesetze vom 31. December 1872 bezw. 1873, betreffend die Steuern für das Jahr 1873 und 1874, durch welche die für die betreffenden Jahre zu zahlenden Steuern durch die gesetzgeberischen Faktoren festgestellt worden waren, ist übereinstimmend im §. 1 bestimmt:

Von allen im Bremischen Staatsgebiete belegenen Grundstücken, Gebäuden und Baulichkeiten ist eine Grundsteuer von $1\frac{1}{2}$ per mille ihres abgeschätzten Werthes zu entrichten,

ferner im §. 5:

In der Alt- und Neustadt und allen Theilen der Vorstädte — wird

A. vom Eigenthümer eine Erleuchtungssteuer von $\frac{3}{4}$ per mille des Grundsteuerwerthes — erhoben.

In dem Gesetze vom 26. Juni 1873 betreffend die Wasserkunst, ist endlich eine Wassersteuer eingeführt, in welchem es (§. 3) heißt:

Die im §. 2 erwähnte Steuer wird erhoben von dem nach Maßgabe der Bestimmungen in §. 5 des Steuergesetzes vom 31. December 1872 sub. A. — — zu ermittelnden Grundsteuerwerth.

Endlich bestimmt der §. 96 des Gesetzes vom 31. December 1872:

Bei Abschätzung des Grundsteuerwerthes (§. 1) ist nach der Verordnung vom 26. Februar 1866 betreffend die Abschätzung von Grund und Boden und Gebäuden behufs Ermittelung des Grundsteuerwerthes zu verfahren ......,

während es in dem §. 96 desselben Gesetzes vom 31. December 1873 heißt:

Alle Abschätzungen von Immobilien, welche in Folge der Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes vorgenommen werden, erfolgen nach Maßgabe des Gesetzes vom 26. Februar 1866 bezw. des Gesetzes vom 13. März 1873.

In der Zwischenzeit hatte nämlich eine Veränderung der Gesetzgebung für die Grundstücke der Stadt und eines Theils der angrenzenden Feldmarken in so weit stattgehabt, als durch das letztgedachte Gesetz

1., eine Neuschätzung sämmtlicher betr. Grundstücke angeordnet,

2., aber bestimmt wurde, daß

a., diese Schätzung durch amtliche Schätzer vorgenommen oder

b., an die Stelle des durch solche Schätzung ermittelten Grundsteuerwerthes als solcher derjenige Werth treten sollte, von welchen bei Veräußerungen seit dem 1. Januar

1868 die Staatsabgabe gezahlt sei, bezw. gezahlt werden würde (§. 5),

und

3., in §. 8 und 9 unter Aufhebung des Gesetzes vom 26. Febr. 1866 verfügt ward, daß das neue Gesetz vom 1. Juli 1873 an in Kraft treten sollte.

Auf Grund dieser neuen gesetzlichen Bestimmungen waren die Grundstücke des Klägers, deren Grundsteuerwerth bis dahin nach einer auf dem Gesetze von 1866 beruhenden Schätzung festgestellt war, im August und October 1873 einer neuen Schätzung durch die Generalschätzer unterzogen worden, welche einen ganz erheblich höheren Werth ergab. Gegen diese Schätzung hatte der Kläger freilich rechtzeitig reklamirt und auch theilweise eine Herabminderung durch Verfügung der Rekurskommission vom $\frac{\text{1. December 1874}}{\text{12. Januar 1875}}$ erwirkt. Indessen blieb der neu ermittelte Grundsteuerwerth gegen den früher versteuerten ein wesentlich erhöhter und die Steuerbehörde forderte daher vom Kläger

1., den aus dem höheren Resultate der neuen Schätzung sich ergebenden Mehrbetrag der Grund-, Erleuchtungs- und Wassersteuer für die Zeit vom 1. Juli bis 31. December 1873 als Nachtrag zu den ursprünglich nach der früheren Schätzung veranlagten Steuern,

2., die nach der neuen Schätzung veranlagten Steuern pro 1874 und ließ diese Beträge, nachdem Kläger mit einem entgegengesetzten Gesuche von der Reklamationskommission ab- und auf den gerichtlichen Weg verwiesen war, exekutivisch einziehen.

Dem gegenüber hat Kläger dann wirklich den Weg der Klage beschritten und Rückzahlung der angeblich zuviel gezahlten Steuern gebeten. Als er mit diesem Antrage in erster Instanz jedoch abgewiesen worden war, hat er hiergegen rechtzeitig das Rechtsmittel der Revision eingewandt und gerechtfertigt, indem er sich auch jetzt noch lediglich für verpflichtet hält, die 3 in Frage stehenden Steuern für die Zeit vom 1. Juli 1873 bis zum 31. December 1874 nach dem durch die frühere niedrigere Taxation festgestellten Grundsteuerwerthe zu entrichten, jedenfalls aber glaubt, daß die höhere Neuschätzung für das Maß der Steuern nicht auch auf die Zeit

zwischen dem ersten Juli 1873 und dem Tage der wirklich vorgenommenen Neuschätzung zurückbezogen werden dürfe.

Bei der Begründung seines Anspruches auf Rückzahlung des Zuvielgezahlten geht der Kläger namentlich von zwei rechtlichen Gesichtspunkten aus, indem er

1., meint, daß ihm aus den Steuergesetzen von 1872 und 1873 ein wohlerworbenes Recht herfließe, diejenigen Steuern, deren Betrag nach dem Grundsteuerwerthe seiner Immobilien bemessen werde, nur nach demjenigen Werthe zu berechnen, welcher zur Zeit des Erlasses jener Gesetze definitiv und endgültig in der damals gesetzlichen Form festgestanden habe und

2., dafür hält, daß eine ihn verpflichtende, endgültige Neuschätzung erst durch die ihm im Januar 1875 mitgetheilte Entscheidung der Rekurskommission des Senats vom 1. December 1874 herbeigeführt worden sei.

Allein wenn der Kläger zur Begründung jenes ersten Satzes das Verhältniß zwischen ihm als steuerzahlendem Bürger und dem Staate so auffassen zu wollen scheint, als sei dasselbe ein rein nach den bürgerlichen Rechten zu beurtheilendes obligatorisches Rechtsverhältniß zur Zahlung eines durch das jährliche Steuergesetz bestimmten Steuerbetrages, auf welches die c i v i l r e c h t l i c h e n Grundsätze über Rückbeziehung neuerer Gesetze im allgemeinen und nach erfolgter Steuerzahlung insbesondere diejenigen gegenüber erledigten Schuldverhältnissen zur Anwendung zu bringen seien, so kann dieser Gesichtspunkt theils nicht für richtig, theils nicht für entscheidend angesehen werden. Denn das zwischen dem Staate und dem Kläger bestehende Rechtsverhältniß, kraft welches letzterer zur Steuerentrichtung verpflichtet wird, ist keineswegs ein civilrechtliches, sondern ein staatsrechtliches und beruht in seinem letzten Grunde nicht im speciellen Steuergesetze einer bestimmten Steuerperiode, sondern in der Verbindung des Steuerzahlers zum Staate. Das betreffende einzelne und verfassungsmäßig nothwendige Steuergesetz regelt nur jene Pflicht in der Modalität der Steuern und dem Betrage nach. Namentlich aber entspringt aus dem Steuergesetze dem Steuerzahler dem Staate gegenüber durchaus keinerlei B e r e c h t i g u n g irgend welcher Art, insonderheit auch nicht darauf,

für die betreffende in Frage stehende Steuerperiode mit einer weiteren Steuerzahlung verschont zu bleiben.

Die staatsrechtliche Wirkung der jährlichen Steuergesetze kann nur darin befunden werden, daß der Staat durch dieselben verfassungsmäßig berechtigt wird, von den steuerpflichtigen Einwohnern die in jenen Gesetzen vereinbarten Steuerbeträge zu erheben und über dieselben nicht hinausgehen darf, bezw. daß der einzelne Steuerpflichtige durch Zahlung jener Beträge sich seiner Verpflichtung aus diesem Gesetze erledigt. Weitere Berechtigungen kann letzterer aus jenen Gesetzen jedoch nicht ableiten, namentlich nicht aus denselben folgern, daß mit jener Zahlung für die betr. Zeit seiner allgemeinen Steuerpflicht endgültig Genüge geleistet sei. Diese bleibt vielmehr unberührt bestehen und bildet daher weder jenes Steuergesetz noch die erfolgte Zahlung der aus diesem geschuldeten Beträge ein Hinderniß für die gesetzgeberischen Faktoren, bei eintretendem Bedürfnisse eine Erhöhung der zu zahlenden Steuern rechtswirksam zu beschließen, sei es daß dies direct auf dem Wege der Einführung neuer Steuern, der Erhöhung bereits bestehen der oder wie im vorliegenden Falle indirekt dadurch geschieht, daß durch Gesetz ein anderer Modus für die Feststellung des Steuermaßstabes eingeführt wird, welcher dann eine Steigerung der zu zahlenden Beträge bewirkt.

Die Frage nach dem Umfange der Steuerpflicht des Klägers wird sich daher nicht mit demselben aus dem Gesichtspunkte derartiger allgemeiner Rechtsgrundsätze, wie sie Kläger namentlich auch in dieser Instanz geltend gemacht hat, beantworten lassen. Vielmehr muß bei derselben wesentlich und allein die Entscheidung den positiven Bestimmungen der speciellen Gesetze entnommen werden. Und zwar wird bei dieser Prüfung von der Erwägung auszugehen sein, daß nach den Bestimmungen der Verfassung (§. 58 i und 66) jede Feststellung, Abänderung und Aufhebung öffentlicher Abgaben nur mittelst übereinstimmenden Beschlusses der gesetzgeberischen Faktoren rechtswirksam verfügt werden kann, und daß also die dem Kläger angesonnene Erhöhung der von ihm nach dem Steuergesetze von 1872 zu zahlenden Steuer überhaupt und bereits vom 1. Juli 1873 an nur dann gefordert werden darf, wenn der beklagtische Staat diese Forderung auf eine bestimmte, positiv gesetzliche Bestimmung stützen kann.

An einer positiven gesetzlichen Vorschrift, durch welche direkt bestimmt würde, von welcher Zeit an eine stattgehabte Neuschätzung ihre Wirkung auf die Steuerzahlung ausüben solle, fehlte es jedenfalls vor dem Gesetze vom 13. März 1873, und ist deshalb auf die allgemeinen bestehenden steuergesetzlichen Bestimmungen und die Organisation der fraglichen Steuern zurückzugehen.

Diese kennt aber keine kleineren Zeiteinheiten als die eines Jahres bezw. eines halben oder Vierteljahres und von diesen treten die beiden letzteren als einfache Fälligkeits- bezw. Hebungstermine und somit mehr Verwaltungszwecken dienend gegen das erstere zurück. Gesetzlich (§. 13 des Gesetzes vom 31. December 1872) sind die fraglichen Steuern nach Steuerzetteln zu erheben, welche den Steuerpflichtigen im Anfange des Steuerjahres zugestellt werden. Der Inhalt dieser Steuerzettel als die von der Behörde ausgegangene Veranlagung der Steuer wird nach Ablauf der Reklamationsfrist (§. 101) (früher Johannistag, jetzt 1. Juli) unanfechtbar, abgesehen von später entstandenen Reklamationen. Sie kann nach §. 102 das. wegen früherer Jahre nicht reklamirt werden. Es kann daher eine Neuschätzung innerhalb eines Kalenderjahres erst für die Veranlagung der Steuer für das nächstfolgende Jahr wirksam werden, für das laufende darf nur der dem Pflichtigen zugestellte Steuerzettel maßgebend sein.

Diesen gesetzlichen Verhältnissen gegenüber glaubt der Staat indessen aus den Bestimmungen des Gesetzes vom 13. März 1873 etwas anderes, also eine Aenderung des bestehenden Rechts ableiten zu können. Er meint, daß nach diesem Gesetze die Wirkung einer Neuschätzung, wie dieselbe in demselben allgemein verordnet werde, bereits vom 1. Juli 1873 beginne und stützt sich hierfür darauf, daß nach dem §. 8 und 9 des Gesetzes dasselbe unter Aufhebung der Verordnung vom 26. Februar 1866 an diesem Tage in Kraft getreten sei.

Wenn hiernach unzweifelhaft die Behauptung des Staatsanwalts in [29] S. 3, daß das Gesetz von diesem Tage an mit allen seinen Bestimmungen in Kraft trete, sich völlig rechtfertigt, so beruht es doch auf einer petitio principii, wenn hieraus sofort der Schluß gezogen wird, es sei auch von diesem Tage an der nach dem neuen Schätzungsverfahren zu ermittelnde Werth als

der Grundsteuerwerth zu behandeln, welcher der Steuerzahlung vom 1. Juli 1873 an zum Grunde zu legen sei. Ein solcher Schluß würde sich erst aus dem übrigen Inhalte des Gesetzes rechtfertigen.

Der Inhalt dieses Gesetzes ist indessen den Steuergesetzen gegenüber nur ein wesentlich formeller, indem er vorschreibt, in welcher Art und Weise und aus welchen — dann auch materiellen — Gesichtspunkten der den betr. Steuern zum Grunde liegende Grundsteuerwerth festgestellt werden solle.

Ebenso formell der Steuerzahlung gegenüber verhält sich die Bestimmung in §. 4, nach welcher künftig alle 10 Jahre und zuerst im Jahre 1873 eine Neuschätzung vorgenommen werden und unter Aufhebung der früheren gesetzlichen Bestimmungen der Verordnung von 1866 (§. 8) das neue Gesetz am 1. Juli 1873 in Kraft treten soll.

Unter diesen Verhältnissen kann dann letzterer Bestimmung doch keine andere Bedeutung beigemessen werden, als daß

1. von dem gedachten Tage ab die Neuschätzung beginnen solle und
2. bei derselben statt der Grundsätze der älteren Verordnung diejenigen der neueren zur Anwendung zu bringen seien.

Wie dagegen das Produkt dieser formellen Thätigkeit auf die Steuerzahlung wirken solle, wann dasselbe für letztere Gültigkeit erhalte, darüber ergiebt der §. 9 weder etwas für sich allein noch im Zusammenhange mit den übrigen Theilen des Gesetzes. Es würde also in dieser Beziehung bei dem früheren Rechtszustande lediglich geblieben sein und jede Neuschätzung erst für das auf dieselbe neu beginnende Steuerjahr wirksam werden können.

Daß übrigens bei der Anordnung jenes besonderen, von dem sonst regelmäßig in Anwendung kommenden Publikationstage abweichenden Anfangstermines für die Gültigkeit des Gesetzes der Gesetzgeber nicht durch die Absicht geleitet worden ist, hierdurch materielle Abänderungen des bestehenden Rechtes in vorgedachter Art zu bewirken, dafür spricht auch der Umstand, daß jener §. 9 im ursprünglichen Entwurfe

Verhandl. zwischen Senat und Bürgerschaft 1873. S. 50

gänzlich fehlte und seine spätere Einfügung nur der Erwägung

verdankt (daselbst S. 128 i. f.), daß man dafür hielt, die formelle Anordnung einer Neuschätzung durch staatliche Generalschätzer könne nicht wohl vor Anstellung solcher Beamten in Kraft treten und hierfür einen ausreichenden Zeitraum zu haben wünschte.

Endlich mag auch nicht unerwähnt bleiben, daß der Gesetzgeber selbst den Mangel einer Bestimmung über den Zeitpunkt, an und von welchem an eine Neuschätzung ihre Wirkung auf die Steuerzahlung äußern könne, gefühlt und deshalb sich bewogen gefunden hat, später hierüber eine gesetzliche, auf den vorliegenden Fall noch nicht Anwendung findende Bestimmung in das Steuergesetz vom 15. December 1875 aufzunehmen.

Vergl. auch Bericht der Steuerdeputation vom 27. October 1875 in den Verhandlungen pp. von 1875 S. 505.

In Wirklichkeit beruhen denn auch die Argumente, welche der Vertreter des Staats für die Rückwirkung der späteren Schätzung auf die Steuerzahlung seit dem 1. Juli 1873 anführt, weniger auf Deduktionen aus dem Gesetze als vielmehr auf außer demselben liegenden Erwägungen. Dieselben werden einmal dem Zwecke des Gesetzes entnommen, welcher wesentlich auf eine Vermehrung der Staatseinnahmen bereits für das Jahr 1873 gerichtet gewesen sei und nicht habe erreicht werden können, wenn man nicht die Wirkung der Neuschätzung auf den 1. Juli 1873 hätte zurückziehen wollen. Sodann aber wird geltend gemacht, daß in Ermangelung eines für alle Schätzungen gleich eintretenden Anfangstermins eine ungleiche und ungerechtfertigte Belastung der einzelnen Steuerzahler herbei geführt werden würde, wie sie der Gesetzgeber unmöglich habe beabsichtigen wollen.

Die Richtigkeit dieser letzteren Wirkung des Gesetzes wird sich freilich nicht wohl bestreiten lassen. Allein die Möglichkeit einer derartigen, übrigens nur zeitweisen, ungleichen Vertheilung der Steuerzahlung beruhte nicht auf dem neuen Gesetze, sondern wesentlich schon in dem früheren Rechtszustande, und wenn dieselbe in Folge des neuen Gesetzes, welches eine allgemeine Neuschätzung vorschrieb, schärfer hervortrat, und zwar um so mehr, als die Neuschätzungen theilweise unerwartet hohe Resultate lieferten, so ist doch nicht abzusehen, wie in Ermangelung aller und jeder weiteren Anhaltspunkte der Umstand allein, daß das Gesetz statt des Publikationstages sich

selbst einen späteren Tag seiner Wirksamkeit gesetzt hat, eine solche Aenderung des bisherigen Rechtszustandes sollte haben herbeiführen können, als jetzt behauptet wird.

Daß dies die Ansicht des Gesetzgebers gewesen sei, darf um so weniger angenommen werden, als gerade ihm bei Einfügung des betr. §. in das Gesetz

Vergl. Verhandlung zwischen Senat und Bürgerschaft 1873 S. 128 i. f.

genau bewußt war, daß erst mit diesem Tage die beabsichtigten Neuschätzungen würden beginnen können und gerade wegen dieses Umstandes die Wirkungszeit des Gesetzes hinausgeschoben war.

Ebensowenig kann das erste jener Argumente als berechtigt anerkannt werden. Denn wenn auch die betr. Deputation auf Grund einer auch in [26] einbezeugten Praxis, welche übrigens den Wirkungen des neuen Gesetzes gegenüber nur in sehr beschränktem Umfange zur Geltung gekommen sein kann, eine erhebliche Wirkung des Gesetzes auf die Steuerzahlung bereits im Jahre 1873 erwartete, so kann dies dennoch einen Grund für den Richter nicht bilden, falls er finden sollte, jene Annahme beruhe auf einer weder in der früheren noch der neueren Gesetzgebung begründeten Rechtsanschauung.

Endlich berechtigt auch die Unterlassung einer gesetzlichen Bestimmung über die Reihenfolge, in welcher die einzelnen Grundstücke einer Neuschätznng unterworfen werden sollten, unmöglich ohne weiteres zu der Schlußfolgerung, das Gesetz habe sie alle gleichmäßig vom 1. Juli 1873 an zu dem erst später durch Schätzung festzustellendem Werthe zur Steuer heranziehen wollen.

Verkennen läßt sich dabei nicht, daß die verschiedensten Rechts- und Zweckmäßigkeits-Gründe für die Aufnahme einer Bestimmung in das Gesetz gesprochen hätten, durch welche eine gleichmäßige Heranziehung der einzelnen Steuerobjekte zur Steuerzahlung hätte herbeigeführt werden können, sei es nun, daß man den neu zu ermittelnden Steuerwerth erst mit der Vollendung der Neuschätzung oder bei dringendem Bedarfe der Staatskasse von einem früheren Tage, also etwa vom 1. Juli 1873 wirksam werden ließ. In dem Gesetze selbst ist aber eine solche Anordnung weder nach der einen noch nach der anderen Seite zu finden, und bleibt daher nichts anderes übrig als auch fernerhin für jedes einzelne Immobile und

die aus dessen Werth entstehende Steuerpflicht die Berücksichtigung einer Neuschätzung mit dem Zeitpunkte beginnen zu lassen, mit welchem dieselbe nach dem bisherigen Rechte beginnen konnte. Für die Revision des Klägers kommt daher nur noch in Frage, wann die vorgenommene Schätzung seiner Immobilien rechtlich für vollendet anzusehen war, ob am Tage der durch die Generalschätzer vorgenommenen Einschätzung oder, wie Kläger behauptet, erst mit Erledigung des von ihm gegen diese Schätzung eingewandten Rekurses. Allein in dieser Beziehung kann lediglich auf die Entscheidungsgründe zum angefochtenen Urtheile S. 12 und 13 Bezug genommen werden, mit welchen anzunehmen ist, daß sowohl nach den gesetzlichen Bestimmungen in §. 6 des Gesetzes vom 13. März 1873 als nach der Natur derartiger Rechtsmittel nur die Zeit der wirklichen Einschätzung maßgebend, der gegenüber der Bescheid der Rekurscommission, selbst wenn er wie im vorliegenden Falle theilweise ermäßigend ausfallen sollte, nur als eine Bestätigung des bleibenden Restes, nicht als eine abermalige Neuschätzung aufgefaßt werden kann.

Ergiebt sich hiernach die Hinfälligkeit der ersten Revisionsbeschwerde, soweit Kläger darüber sich beschwert, daß nicht der auf Rückzahlung der erhöhten Steuern bis ultimo December 1874 gerichteten Klage gemäß erkannt sei, so folgt doch auch, daß der Berufung wenigstens insoweit stattzugeben war, als es sich um eine erhöhte Steuerzahlung für die Zeit vom 1. Juli bis 31. December 1873 handelt und kann namentlich dem hiergegen im angegriffenen Urtheile angeführten Grunde, daß nicht anzunehmen sei, daß während der Zwischenzeit eine Veränderung im Werthe stattgefunden habe, ev. aber dem Staate freistehen müsse, durch nachträgliche Schätzung den am 1. Juli 1873 vorhandenen Verkaufswerth feststellen zu lassen, nicht beigetreten werden. Denn derselbe würde dazu führen, nicht einen zur Zeit der Steuerzahlung „abgeschätzten“ Werth als Grundsteuerwerth anzusehen, sondern schlechthin den zu diesem Zeitpunkt vorhandenen Verkaufswerth, dessen Konstatirung durch Schätzung ev. nachträglich zulässig wäre. Eine solche Auffassung wiederspricht indessen bei schon abgeschätzten Grundstücken eben so sehr dem Gesetze, als den eigenen früheren Ausführungen des ersten Urtheils und würde konsequent durch-

geführt weit über die Ansprüche des Beklagten selbst hinausführen, da jene gesetzliche abstracte Feststellung des Grundsteuerwerthes nicht erst auf dem Gesetze vom 13. März 1873 beruht und deshalb nicht abzusehen ist, warum jene mögliche Rückbeziehung sich auf den Tag beschränken sollte, an welchem dieses Gesetz in Kraft trat.

Der Beklagte war daher zu verurtheilen, dem Kläger die zuviel bezahlten Beträge an Grund-, Erleuchtungs- und Wassersteuer für die Zeit vom 1. Juli 1873 bis 31. December 1873 zu restituiren und zwar mit 5 % Zinsen seit dem 27. Mai 1875, als dem Tage, an welchem Kläger unbestrittenermaßen zwangsweise zur Zahlung jener Beträge veranlaßt worden ist. Eine nähere Feststellung der einzelnen Summen konnte jedoch einer späteren Liquidation vorbehalten bleiben, und waren die Kosten beider Instanzen bei nur theilweisem Siege des Revidenten nach §. 307 der G. O. auch nur theilweise zu kompensiren.

55.

Wilhelm Poppe Wittwe zu Bremen, Klägerin, wider Gerhard Griesmeyer zu Bremen, Beklagten, Forderung betreffend.

Urtheil vom 11. April 1878.

Befugniß des Richters zur Verbesserung der rechtlichen Auffassung des Klägers in Betreff der den Klaganspruch begründenden Thatsachen.

Die Römischrechtliche Bestimmung, daß bei Kaufgeschäften der Kaufpreis nach geschehener Tradition der Waare verzins't werden müsse, setzt die Fälligkeit desselben voraus.

Ist beim Verkaufe eines Grundstücks bedungen, daß der Kaufpreis „bei der Lieferung nach erfolgter oder doch gesicherter Lassung" berichtigt werden solle, so wird derselbe erst nach gesicherter Lassung fällig, wenn auch die Lieferung schon vor jenem Zeitpunkte geschah.

Aus den Gründen:

In der Klage war ursprünglich ein Kaufgelderrest von ℳ. 5289.38 ₰ gefordert, indem Klägerin zwar eine den gesammten Kaufgeldern gleiche Summe am 15. Janr. 1876 empfangen zu haben zugestand, aber von diesem Betrage ℳ. 5289.38 ₰ sich nicht auf die Kaufgeldforderung selbst anrechnen, sondern als Bezahlung der ihr angeblich geschuldeten Kaufzinsen für die Zeit vom 15. April 1874 bis zum 15. Janr. 1876 ansehen wollte. Folgeweise verlangte die Klägerin von jenem Restbetrage selbst auch wieder Zinsen; nur beging sie darin ein Versehen, daß sie letztere, statt vom 15. Janr. 1876, nochmals vom 15. April 1874 an berechnet wissen wollte. Obgleich nun die eigne replikarische thatsächliche Darstellung der Klägerin auch im Uebrigen mit der der Klage zu Grunde gelegten rechtlichen Auffassung ganz unvereinbar war, indem sich herausstellte, daß der Beklagte ausgesprochenermaßen am 15. Janr. 1876 nicht Zinsen, sondern nur die gesammten Kaufgelder hatte bezahlen wollen, und Klägerin sich nur ihren Anspruch auf Zinsen dabei vorbehalten zu haben behauptete, so beharrte die Klägerin in rechtlicher Beziehung dennoch auf dem in der Klage eingenommenen Standpunkte. Das Untergericht aber verbesserte, wie es in den Befugnissen des richterlichen Amtes gelegen war, in seinem Erkenntnisse vom 21. September 1876 die rechtliche Auffassung der dem klägerischen Anspruche zu Grunde gelegten Thatsachen dahin, daß sich auf diese immer nur eine Klage auf Zahlung von ℳ. 5289.38 ₰ Zinsen für die Zeit vom 15. April 1874 bis zum 15. Janr. 1876 begründen lasse, erkannte in diesem Sinne den Anspruch auch als schlüssig und liquide an, und verwarf nur folgerechter Weise das Verlangen weiterer Zinszahlung für eben jenen Zinsenbetrag. Die Klägerin hat hiergegen kein Rechtsmittel zur Hand genommen, und wenn sie, nachdem das Obergericht auf Appellation des Beklagten die Klage vielmehr angebrachtermaßen abgewiesen hat, nunmehr sich beschwert, daß nicht vom Obergericht unter Bestätigung des Untergerichts-Erkenntnisses, der Beklagte „der Klagbitte gemäß“ verurtheilt worden sei, so kann sie folglich damit nur meinen: daß nicht der Beklagte soweit der Klagbitte gemäß verurtheilt sei, wie das Untergericht ihn verurtheilt hatte; mit andern Worten: daß nicht das Untergerichts-Erkenntniß bestätigt sei.

Dieser Beschwerde war indessen nicht zu entsprechen, vielmehr dem Obergericht darin beizutreten, daß aus den von der Klägerin angeführten Thatsachen sich nicht ergiebt, daß der Beklagte ihr Zinsen vom Kaufpreise schuldig geworden ist. Die Klägerin beruft sich:

1., auf unbestritten am 15. April 1874 geschehene Lieferung der verkauften Grundstücke: und diesen Umstand hat auch das Untergericht, wie schon früher das Obergericht erster Instanz in den Entscheidungsgründen zum Erkenntniß vom 6. März 1876 in der frühern Streitsache derselben Parteien, für durchschlagend erklärt. Wenn nunmehr das Obergericht dagegen zuvörderst das Bedenken erhoben hat, ob nicht für das Bremische Recht die gesetzliche Zinspflicht des Käufers eines Grundstückes überhaupt als erst nach erfolgter Lieferung und gesicherter Lassung beginnend anzusehen sei, so konnte dieser Punkt, der übrigens früher vom Ober-Appellations-Gericht in den Sachen

Rauers ca. Brem. Staat, November 1850, Brem. Samml. Bd. 2. Abth. 2, S. 333,

in verneinendem Sinne entschieden worden ist, hier auf sich beruhen. Denn jedenfalls mußte hier die Anwendung des Römischen Satzes von der Zinspflicht des Käufers von geschehener Uebergabe an als ausgeschlossen gelten durch die ausdrückliche Bestimmung des Kaufvertrages, daß der Kaufpreis bei der Lieferung nach erfolgter oder doch gesicherter Lassung berichtigt werden solle. Diese Wortfassung, insbesondere das Wort „bei", läßt allerdings erkennen, daß die Contrahenten damals thatsächlich voraussetzten, die Lassung werde bei der Lieferung mindestens schon gesichert sein; aber nichtsdestoweniger hat jene Contrakts-clausel bewirkt, daß der Kaufpreis vor gesicherter Lassung nicht fällig werden konnte, also, da feststehendermaßen die Lassung zur Zeit der Lieferung noch nicht, und überhaupt nicht vor dem 15. Januar 1876 gesichert gewesen ist, erst an diesem Tage fällig wurde. Wenn nun auch der Beklagte mit der Annahme zu weit geht, daß die Römische Bestimmung über die gesetzlichen Kaufzinsen überhaupt nur da gälte, wo die Contrahenten Nichts über die Zahlungszeit vereinbart hätten, und daß in andern Fällen nur

Verzugszinsen in Frage kommen könnten: so kann doch jene Bestimmung wie sie sich in

l. 13, §§. 20, 21 D. de A. E. V. 19, 1.
l. 5 C. eod. 4, 49.
l. 18, §. 1 D. de usur. 22. 1.
l. 2 C. eod. 4, 32

findet, überhaupt nur dahin verstanden werden, daß nach geschehener Tradition der Waare der fällige Kaufpreis verzinst werden müsse von da an, wo er fällig wird, weil sich bei gesetzlichen Zinsen die Voraussetzung der Fälligkeit der Hauptschuld nach der Natur der Sache allemal von selbst versteht;

vrgl. auch Windscheid, Pandektenrecht, Bd. 2, Aufl. 4, §. 259. Anm. 7, S. 43,
sowie Handelsgesetzbuch Art. 289.

Wenn das Untergericht, unter Berufung auf zwei in Seufferts „Archiv" abgedruckte Erkenntnisse, hier den Gesichtspunkt eines bloßen Retentionsrechtes, welches den Lauf der Zinsen nicht hindere, zur Geltung bringen will, so durfte die Frage, ob wirklich trotz eines Retentionsrechtes des Käufers Zinsen laufen, dahin gestellt bleiben: jedenfalls handelt es sich in diesem Falle, wo im Contrakte die Fälligkeit des Kaufgeldes ausdrücklich von der vorgängigen Sicherung der Lassung abhängig gemacht ist, keineswegs um ein bloßes Retentionsrecht des Käufers.

2., In der Replik hat sich die Klägerin auch darauf berufen, daß die Lassung am Tage der Lieferung nur deshalb nicht gesichert gewesen sei, weil der Beklagte sich ohne jeden Rechtsgrund geweigert habe, die zur Entgegennahme der Lassung erforderlichen Handlungen vorzunehmen. Dies würde sich selbst nach dem §. 18 des Gesetzes vom 1. April 1876 nicht als eine unzulässige Aenderung der Klage darstellen; weniger noch nach dem ältern Bremischen Proceßrechte, das, da die Klage in dieser Sache schon am 18. Mai 1876 angestellt war, nach §. 59, Abs. 2, jenes Gesetzes hier noch maßgebend ist. Auch war mit dem Obergericht anzunehmen, daß an und für sich die Regel der l. 24 D. de cond. et dem. 35, 1 und l. 161 D. de R. J. 50, 17 auch auf die vorliegende Frage Anwendung finden würde. Eben so sehr mußte dem Obergericht aber auch darin beigestimmt werden, daß in concreto diese replikarische Klagbegründung sich als inept darstelle, weil zur bloßen Sicherung

der Lassung, auf welche allein es hier ankam, irgend welche Handlungen des Erwerbers überhaupt nicht erforderlich sind. Die Richtigkeit der weitern Annahme des Obergerichts, daß es nach Lage der Sache vielleicht genügen würde, wenn die Verzögerung der Sicherung der Lassung überhaupt eine casuelle, von der Klägerin nicht zu vertretende gewesen wäre, bedurfte keiner Prüfung, weil doch dergleichen Behauptungen von klägerischer Seite nicht substantiirt worden sind.

56.

Hermann Friedrich Clüver zu Kleinbostel bei Bremen, Kläger, wider Heinrich Asendorf zu Woltmershausen, Beklagten, wegen Erbschaftsstreitigkeiten.

Urtheil vom 4. Mai 1878.

Der überlebende Ehemann, der mit seiner Frau in Bremisch-rechtlicher Gütergemeinschaft lebte, ist als Erbe derselben hinsichtlich des von ihr in das Sammtgut inferirten Vermögens anzusehen.

Sein Erbrecht ist kein ausschließendes. Mit ihm concurriren in der Beerbung erbberechtigte und nicht am Sammtgut betheiligte Descendenten der Frau.

Der Kläger machte als unehelicher Sohn der Marie Clüver, welche sich später mit dem Beklagten verheirathet hatte und, ohne demselben Kinder zu gebären, verstorben war, Erbansprüche auf das von seiner Mutter dem Beklagten in die Ehe gebrachte Vermögen geltend. Das erstinstanzliche Urtheil anerkannte ihn als Erben zur Hälfte dieses Vermögens, soweit dasselbe zur Zeit des Todes seiner Mutter noch vorhanden sei. Das Obergericht sprach ihm dagegen die Erbenqualität ab, räumte ihm aber eine der querela inofficiosae donationis analoge Klage auf Erstattung des Pflichttheils ein und verurtheilte den Beklagten zur Herausgabe von einem Drittheil des streitigen Vermögens. Das Ober-Appellations-

Gericht stellte die erstinstanzliche Entscheidung wieder her, aus folgenden Gründen:

Der Grund, wodurch die sententia a qua zu ihrem Resultate gekommen ist, besteht darin, daß die statutarische Sammtgutserbfolge des überlebenden Ehemanns eine absolut ausschließende sei, der Kläger daher in Rücksicht auf das im Sammtgut befindliche Vermögen der Mutter als Erbe überall nicht anerkannt werden könne. Dieser Grund ist nicht haltbar. Denn man ist einverstanden darüber, daß dem nicht am Sammtgut betheiligten Vorkinde ein Pflichttheilsrecht zukomme. Für das Pflichttheilsrecht ist aber ein wirksames Intestaterbrecht zur Zeit des Todes des Erblassers unerläßliche Voraussetzung, weil ja durch das Erstere nur einer Beeinträchtigung des Letzteren abgeholfen werden soll. Um zur Analogie der quer. inoff. donat. zu gelangen würde man also davon ausgehen müssen, daß der Kläger ein Intestaterbrecht habe, der Beklagte umgekehrt nicht Erbe, sondern nur Singularsuccessor sei, etwa von der Idee aus, daß das Vermögen seiner Frau schon mit Eingehung der Ehe auf ihn übergegangen sei. Gerade das verwerfen aber die Bremischen Gerichte jetzt übereinstimmend und sehen den überlebenden Ehemann nur als Erben seiner Frau an. Man wird daher, wenn man einmal ein Pflichttheilsrecht des Vorkindes annimmt, nothwendig auf ein concurrirndes Erbrecht geführt. Ein solches kann aber nicht bloß bei unehelichen, sondern auch bei ehelichen Vorkindern vorkommen, nämlich dann, wenn entweder die frühere Ehe der Mutter keine Sammtgutsehe, oder wenn sie durch Scheidung aufgelöst war, oder wenn die Kinder einer früheren Sammtgutsehe bei der zweiten Heirath der Mutter nicht abgefunden und auch nicht eingekindschaftet waren, auf welche faktische Möglichkeit z. B. auch die Vorm. Ordnung von 1826 §. 13 Rücksicht nimmt.

Solche eheliche Vorkinder konnten schon zur Zeit der Statuten ihr Intestaterbrecht durch die geschlossene Sammtgutsehe unmöglich ganz verlieren.

Vergl. Berck. S. 371 und Note 464 (wo u. A. auf eine Entscheidung des Raths von 1593 verwiesen wird) und Oldenb. Archiv, Bd. 9, S. 206 ff.

Das statutarische Erbrecht des Ehemannes konnte daher —

und das ist vom Obergericht nicht genügend beachtet worden — sowohl in seiner ursprünglichen Gestalt als in seiner späteren Entwicklung überall nur in dem Sinne gemeint sein, daß es alle andern Verwandten ausschließe, mit erbberechtigten und nicht am Sammtgut betheiligten Descendenten aber concurrire. Wenn nun in der späteren Rechtsentwickelung den unehelichen Kindern die Eigenschaft erbberechtigter Descendenten der Mutter beigelegt wurde, so trat damit nur ein weiterer Fall hinzu, in welchem Descendenten in der Beerbung der Mutter mit dem überlebenden Ehemanne concurriren. Damit widerlegt sich die Argumentation der sententia a qua, und ist nur noch über den unterstützend angeführten §. 14 sub a (richtiger sub b) der Erbe- und Handfesten-Ordnung zu bemerken, daß die Anwendung dieser Stelle ganz davon abhängt, ob ein selbstständig concurrirendes Erbrecht des Vorkindes angenommen wird oder nicht. Im ersteren Falle ist die Stelle unanwendbar, weil der überlebende den Besitz des Sammtguts, in welchem der Nachlaß der Mutter enthalten ist, dann nicht allein fortsetzt. — In dieser Frage einen Unterschied zwischen ehelichen und unehelichen Vorkindern zu machen, würde sich nicht rechtfertigen lassen. Die frühere Ungunst gegen die unehelichen Kinder giebt dazu keinen Grund. Wurden sie der Mutter gegenüber einmal in die Stellung erbberechtigter Descendenten aufgenommen, so kann man nicht umhin, ihnen das volle Erbrecht eines Descendenten einzuräumen, nicht blos (wie unbestritten) für das Sondergut, sondern auch für das in das Sammtgut inferirte Vermögen der Mutter, wenn nicht die Praxis, wodurch jene Veränderung eingeführt wurde, positiv eine bestimmte Schmälerung in sich faßte: Davon aber wird nicht die Rede sein können, wenn man bedenkt, daß nach der in den jetzigen Akten enthaltenen Auskunft das Obergericht sich in erster Instanz in den letzten zwanzig Jahren bereits dreimal für den vollen Intestaterbtheil des unehelichen Kindes ausgesprochen hat,

1863 in S. Sudholz ca. Ritscher.
1875 in S. Beckmann ca. Bachmann.
1876 in der vorliegenden Sache,

während die sent. a qua zwar von „älteren Bremischen Entscheidungen" spricht, nach welchen der Anspruch des unehelichen

Vorkindes auf einen römischrechtlichen Pflichttheil anerkannt worden sei, irgend eine bestimmte Entscheidung dieser Art aber weder aus älterer noch neuerer Zeit namhaft gemacht hat. Berck führt in note 457 zwar eine specielle Entscheidung des Untergerichts von 1823 an, aber anscheinend nur für den Satz, daß durch Verheirathung der Mutter dem unehelichen Vorkinde nicht jeder Anspruch auf den mütterlichen Nachlaß entzogen werde. Erst dann fügt er ohne Beleg die bloß theoretische Aeußerung hinzu, daß dieser Anspruch wohl nicht über den Pflichttheil hinausgehe. Gleich ungewiß bleibt es von den zahlreicheren Entscheidungen, welche

Post, Sammtgut, §. 63 n. 3 und §. 79 n. 4

anführt, ob sie durchweg oder nur theilweise sich positiv für die Beschränkung auf den Pflichttheil erklärt haben.

Eine feststehende Bremische Praxis, welche speciell die unehelichen Vorkinder auf den Pflichttheil beschränkt gehalten hätte, ist hiernach nicht anzunehmen.

57.

Carl Ludwig Adolph Giesemann Wwe. zu Bremen, Liquidantin, wider Dr. Eberhard Noltenius zu Bremen als Contradictor der Beneficialnachlaßmasse von Carl Ludwig Adolph Giesemann, Liquidaten, wegen Anerkennung eines Generalpfandrechts.

Urtheil vom 11. Mai 1878.

Ist einem Ehemanne ein Nießbrauchsrecht an dem ganzen Vermögen der Ehefrau bestellt, so beginnt der Nießbrauch desselben an Allem, was später in das Vermögen der Frau gelangt, damit ohne weiteres von selber.

Der Nießbrauch an einer Forderung gegen den Nießbraucher, welche die Ehefrau durch Cession erwirbt, beginnt, wenn die Denuntiation von der erfolgten Cession an den Schuldner geschehen ist.

Der Nießbrauch an einer Forderung gegen den Nieß-

braucher ist nicht dem usus fructus nominum, sondern dem usus fructus pecuniae gleichzustellen, wenn auch eine völlige Identität beider nicht angenommen werden kann. Vielmehr bleibt die Forderung rechtlich bestehen.

Eine der Ehefrau zur Sicherheit für den Nießbrauch bestellte Generalhypothek sichert auch die von ihr erworbenen ursprünglich Dritten zustehenden Forderungen gegen den Nießbraucher, und zwar sobald sie dieselben erworben hat.

Bei Eingehung der Ehe im April 1871 hat die Liquidantin ihrem Ehemanne, welcher sein ganzes Vermögen in die Gütergemeinschaft einbrachte, ein lebenslängliches Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht an ihrem damaligen und künftigen Vermögen constituirt, welches suspendirt sein sollte, wenn und solange ihm die Disposition über sein eigenes Vermögen entzogen werden würde. Zur Sicherheit für die aus der Verwaltung und Nutznießung ihr erwachsenden Rechte bestellte er ihr eine Generalhypothek. Im Juni 1875 verstarb der Ehemann; über sein Vermögen wurde ein Nachlaßverfahren eröffnet. Jetzt meldete die Liquidantin verschiedene Ansprüche an und zwar u. A.: 1., eine Forderung in Höhe von M. 4600.—, welche daher entstanden sei, daß ihr verstorbener Vater Johann Pralle diesen Betrag ihrem Ehemanne als Darlehn gegeben, sie aber ihren Vater mit zwei Geschwistern beerbt und bei der Erbtheilung die Forderung auf ihren Erbtheil übernommen habe; 2., eine Forderung in Höhe von M. 4500.— ihr verstorbener Vater habe für ihren Ehemann s. Z. Bürgschaft geleistet und auf Grund derselben den angegebenen Betrag bezahlen müssen; sie habe auch diese Forderung auf ihren Erbtheil übernommen; 3., eine Forderung in Höhe von M. 900.— ihr verstorbener Ehemann habe aus dem Nachlasse ihres verstorbenen Vaters diese Summe darlehnsweise erhalten und sie habe die Forderung ererbt. — Für ihre ganze Forderung nahm die Liquidantin ein Generalpfandrecht in Anspruch; der Contradictor bestritt dasselbe. Aus den in dieser Sache abgegebenen Entscheidungsgründen des Ober-Appellations-Gerichts ist Folgendes bemerkenswerth:

Die wegen Versäumung der Frist zur Einführung der Appel-

lation seitens des Contradictors erbetene und auf Schuld des Anwalts gestützte Restitution war, da der Restitutionsgrund genügend bescheinigt, auch die Beschwerden des Contradictors wenngleich nur zu einem sehr geringen Theile für begründet erachtet werden mußten, zu ertheilen unter Verurtheilung des schuldigen Anwalts in die durch die Restitution verursachten Kosten, sowie in die übliche Strafe, beides nach §. 160 Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung.

Bei den beiderseits aufgestellten Beschwerden handelt es sich im wesentlichen um dieselbe Rechtsfrage: in wie weit die während der Dauer des ehemännlichen Nießbrauchs aus dem väterlichen Nachlasse erworbenen Forderungen gegen den Nießbraucher selbst an der für den Nießbrauch bestellten Sicherheit theilnehmen. Hier ist zuvörderst die vom Beklagten und der ersten Instanz vertretene Meinung abzuweisen, als habe es zur Begründung des Nießbrauches an den fraglichen Forderungen noch eines besonderen Illationsakts, einer wenn auch nur stillschweigend erklärten Ueberweisung bedurft. Nachdem einmal durch den Ehecontrakt dem Manne das Nießbrauchsrecht an dem ganzen Vermögen der Frau constituirt war, fiel aller später Erwerb der Letzteren ohne weiteres unter das Nießbrauchsrecht des Mannes; an allem, was nur in das Vermögen der Frau gelangte, begann damit von selbst auch der Nießbrauch des Mannes. In dieser Beziehung einen Unterschied zu machen zwischen Forderungen gegen Dritte und solchen gegen den Nießbräucher selbst, ist gewiß kein Grund vorhanden. Dagegen ist es wiederum falsch, wenn auszuführen gesucht wird, daß alles, was vom Nießbrauch an Forderungen gegen Dritte gelte, auch auf den Nießbrauch an einer Forderung gegen den Nießbräucher anzuwenden sei. Im Gegentheil ist — unbeschadet der Frage ob die vermeintliche Gleichstellung auch die daraus gezogenen Folgerungen rechtfertigen würde — festzuhalten, daß zwischen dem usufructus nominum und dem usufructus debiti — um diesen der Kürze halber so zu bezeichnen — eine ganz wesentliche Verschiedenheit obwaltet, letzterer vielmehr mit dem usufructus pecuniae — dem eigentlichen quasi usufructus — auf gleiche Stufe zu stellen ist. Denn während von einem Geltendmachen der Forderung, sei

es im eignen oder fremden Namen, wie solches den wesentlichen — bei unverzinslichen Forderungen den einzigen — Modus der Ausübung des usus fructus nominum darstellt, beim usus fructus debiti keine Rede sein kann, bildet vielmehr hier, ganz ebenso wie beim usus fructus pecuniae, der lebenslängliche, bezw. für die Dauer des Nießbrauchs gewährte, unentgeltliche Genuß der geschuldeten, erst nach geendigtem Nießbrauch zu zahlenden, Summe den Inhalt des Nießbrauchsrechts, so daß danach im praktischen Resultate beide Fälle einander wesentlich gleichstehen.

Ob man mit Steinberger,

Zeitschr. für Civilrecht u. Proz. N. F. Bd. 11.
dem Böcking Pand. II. S. 259 u. 34.
Heinbach im R. Lex. Bd. 11. S. 951.
Schmid Cessionslehre I S. 182

beitreten, eine völlige Identität beider Fälle in dem Sinn anzunehmen habe, daß die Forderung gegen den Nießbräucher im Momente der Entstehung des Nießbrauchs wie durch brevi manu erfolgte Hin- und Herzahlung erlösche und durch die aus dem quasi usus fructus entspringende obligatio tantundem finito usufructu restituendi ersetzt werde, läßt sich füglich bezweifeln; keinesfalls ist der l. 3 D. de usufr. ear. 7, 5 in dieser Richtung ein zwingender Grund zu entnehmen, um so weniger als sogar der dort von Nerva bezeichnete Inhalt des Nießbrauches

„remittendas ei usuras"

gerade eher auf die Annahme eines Bestehenbleibens der Forderung schließen läßt. Der praktische Unterschied zwischen beiden Auffassungen der Sache liegt übrigens auf der Hand. Bleibt die Forderung bestehen, so tritt sofort mit geendigtem Nießbrauch der Lauf der vertragsmäßigen Zinsverbindlichkeit wieder ein, im andern Falle kann es sich nur um Verzugszinsen nach vorgängiger Mahnung handeln; etwaige Bürgen und Pfänder der ursprünglichen Schuld wären im letzteren Falle liberirt, im ersteren nicht. So einschneidende Wirkungen der Nießbrauchsbestellung beizulegen, wird man ohne zwingenden Rechtsgrund um so mehr Bedenken tragen müssen, wenn man erwägt, daß der Nießbrauch an unkörperlichen Sachen doch immer nach dem Vorbilde des eigentlichen Ususfructus geschaffen ist, und es zum Wesen des letzteren gehört, daß der Gebrauch salva rei substantia

erfolge, was daher soweit möglich und denkbar auch bei jener Art des Nießbrauchs zu beachten sein wird.

Daß nun nach der von Steinberger vertretenen Auffassung der Sache das angefochtene Erkenntniß, soweit es für den Erbantheil der Liquidantin an den fraglichen Forderungen den hypothekarischen Rang anerkennt, ohne weiteres gerechtfertigt sein würde, bedarf keiner Erörterung, wenn man sich vergegenwärtigt, daß mit dem Erwerbe der Forderungen für die Frau zugleich der Nießbrauch des Mannes, selbstverständlich mit den ihm nach der Natur des Objects eigenthümlichen Wirkungen ins Leben trat. Aber auch wenn man die Forderungen fortbestehen läßt, gelangt man zu demselben Resultate.

Die in allen Fällen des Nießbrauchs zu bestellende Caution hat zwar je nach der Verschiedenheit der Nießbrauchsobjecte eine verschiedene Bedeutung. Beim verus ususfructus haftet sie für die Verbindlichkeit des Nießbrauchers: usurum se boni viri arbitratu et cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde exstabit. Beim Nießbrauch an Geld und anderen Consumtibilien geht sie auf Restitution von tautundem ejusdem generis. Das Gleiche gilt beim Nießbrauch an Geldforderungen, jedenfalls soweit der Nießbraucher die letzteren erhoben hat; ob andernfalls — soweit die Forderungen bei Beendigung des Nießbrauchs noch bestehen — die Caution wie beim ususfr. verus nur auf die durch Nachlässigkeit im Beitreiben der Forderung entstandene Entwerthung und soweit erforderlich für Rückcession, oder direct für Zahlung des Aequivalents der Forderung hafte, hängt davon ab, welche Bedeutung man dem Nießbrauch an Forderungen beimißt, worüber bekanntlich Streit herrscht. Beim ususfructus debiti kann nun weder von einer culpa in exigendo, noch von einer Restitution des Nießbrauchsobjectes in sonst gewöhnlichen Sinne die Rede sein, da die Forderung, falls man sie als das Object ansehen wollte, beim Gläubiger bleibt, die geschuldete Summe aber auf Grund der speiellen causa geschuldet und geleistet wird, auf welcher eben das debitum ursprünglich beruht, wie denn z. B. die Zahlung einer ex emto geschuldeten Summe doch nicht füglich als restitutio bezeichnet werden kann. Allein wenn man anerkennen muß, daß

der usussr. debiti und der usussr. pecuniae in ihrer praktischen Bedeutung für gleichwerthig zu achten sind, so kann man auch der Caution, welche ja auch für Jenen nach l. 4 D. de usufr. ear. rerum 7, 5 geleistet werden soll und in der vorliegenden Sache ganz generell geleistet ist, im einen Falle nur die gleiche Bedeutung und Function beilegen wie im andern, zumal sie sonst jeder praktischen Bedeutung entbehren würde. Ob man sich nun die Sache so vorstellen will, daß eine neue durch Realsicherheit geschützte accessorische Obligation neben die alte Forderung tritt, oder ob man sich die Realsicherheit direct mit der letzteren verknüpft denkt, darauf kommt, für den vorliegenden Fall wenigstens, nichts an.

Soweit daher nur feststeht, daß die fraglichen Forderungen der Liquidantin gegen ihren Ehemann unter den Nießbrauch desselben gefallen sind, kann auch die Liquidantin sich auf die zur Sicherheit für den Nießbrauch bestellte Generalhypothek berufen. Da nun, wie eingangs bemerkt, im Allgemeinen der Nießbrauch des Mannes rechtlich mit dem Erwerbe seitens der Frau beginnt, und durchaus kein Grund ist, Jenen bis zur Kenntnißnahme des Mannes vom Erwerbe für suspendirt zu achten, so gilt das Gesagte jedenfalls von dem Erbantheile der Frau an den angemeldeten Forderungen, indem die Beerbung des Vaters unbestrittenermaßen stattgefunden hat, während der Nießbrauch noch bestand. Eine Ausnahme ist nur, mit dem judex a quo, zu machen bezüglich der sub 2 angemeldeten Forderung aus der Bürgschaft von Pralle für den Falliten. Hier fehlt es an jeder Angabe darüber, wann die betreffende Zahlung aus dem Pralle'schen Nachlaß erfolgt sei, und nur wenn dies vor Ausbruch des Concurses geschah, fiel der Antheil der Frau an der Regreßforderung unter den Nießbrauch und folgeweise unter die Hypothek. Der Angaberececeß besagt nur: „Profitentin übernahm den desfallsigen Anspruch der Nachlaßmasse auf ihren Erbantheil", und in der Replik heißt es: die betreffende Nachlaßforderung sei „gleichfalls bei der Erbschaftsregulirung auf die Profitentin übergegangen." Daraus läßt sich nun wohl soviel entnehmen, daß gleichzeitig mit Uebernahme der Antheile der Geschwister an der sub. 1 angemeldeten Forderung auch diese von,

der Profitentin übernommen sei, und wenn Letztere nur behauptet hätte, daß jene Uebernahme oder Erschaftsregulirung vor Ausbruch des Concurses stattgefunden habe, so würde damit natürlich auch eine frühere Entstehung der fraglichen Forderung genügend behauptet sein. Allein gegenüber der Erklärung des Contradictors ad 1

> Curator behaupte seinerseits, daß die Uebernahme der betreffenden Forderungen seitens der Profitentin erst nach Eröffnung des Debitverfahrens und nach dem Tode des Falliten erfolgt sei,

erwidert die Liquidantin nur, daß diese Behauptung „als an sich irrelevant" bestritten werde. Eine gegentheilige thatsächliche Behauptung läßt sich daraus nicht entnehmen, und da somit jede Angabe über die Entstehung der fraglichen Forderung fehlt, ist der desfällige hypothekarische Anspruch mit Recht zurückgewiesen.

Ist die Beschwerde der Liquidantin in dieser Beziehung also unbegründet, so ist sie es aber ferner auch bezüglich der durch Cession erworbenen Erbantheile der Geschwister an sämmtlichen angemeldeten Forderungen. Und zwar zunächst auch schon aus dem so eben entwickelten Grunde, weil es an der Behauptung fehlt, daß die Cession noch vor Beendigung des Nießbrauches erfolgt sei. Hier würde aber sogar auch dies noch nicht genügt haben. Denn bekanntlich wird eine cedirte Forderung bis zur Denuntiation im Verhältniß zum Schuldner noch als zum Vermögen des Cedenten gehörig behandelt, wie sich daraus ergiebt, daß der Schuldner an diesen gültig zahlen, mit ihm paktiren und sonstige Einreden aus seiner Person erwerben kann. Consequenterweise darf daher auch der Nießbrauch des Schuldners nicht früher als existent geworden erachtet werden. Daß eine Denuntiation rechtzeitig erfolgt sei, ist aber eben so wenig behauptet, als daß der Schuldner auch nur anderweitig Kenntniß von der Cession erhalten habe.

Demnach war die Beschwerde der Liquidantin in allen Theilen zu verwerfen.

Das Gleiche gilt von den Beschwerden des Contradictors, so-

weit sich dieselben auf den Erbantheil der Liquidantin an der sub. I profitirten Forderung von 4600 M. beziehen.

Während dieserhalb im Uebrigen auf die obigen Erörterungen Bezug genommen werden kann, ist hier nur noch des zweiten Theiles der zweiten Beschwerde zu gedenken.

Contradictor meint, es müsse von der Liquidantin der Beweis verlangt werden:

> „daß der Werth von $^1/_3$ dieser von Joh. Pralle hinterlassenen Buchforderung von M. 4600.— am 8. März 1875 M. 1533.33 oder wieviel weniger gewesen sei"

da nämlich nur der reelle, ökonomische, nicht der nominelle Werth als Gegenstand des Nießbrauchs anzusehen sei. Das ließe sich hören, wenn es sich um eine Forderung gegen einen Dritten handelte. Der Schuldner selber aber hat offenbar den Genuß der vollen Forderung bezw. des Gegenstandes der letzteren; er würde ja den nominellen Betrag der Forderung verzinsen müssen, nicht bloß die im Falle seines Concurses realisirbare Quote, er lucrirt also während der Dauer des Nießbrauchs diese Zinsen, und ist demnächst die volle Summe zu zahlen schuldig.

Was sodann endlich die sub. 3 angemeldete Forderung von 900 M. betrifft, so gilt für den Erbantheil der Liquidantin an derselben, also für den Antrag von 300 M., im Uebrigen alles, was über die Erbantheile im Allgemeinen ausgeführt wurde. Wenn aber hier bezüglich der übrigen 600 M. die Liquidantin zu dem Beweise zugelassen ist,

> „daß die fraglichen 900 M. auf ihren Namen, oder doch mit Wissen ihres Mannes für ihre Rechnung ihrem Manne gegeben seien",

so war dieser Beweis auf Grund der insoweit für erheblich zu erachtenden principialen Beschwerde des Contradictors wieder zu streichen. Denn eine solche Behauptung ist von der Liquidantin nirgends aufgestellt worden. Im Angaberecesse sagt sie nur: „sie habe diese Forderung gleichfalls ererbt." Man kann das füglich nur so verstehen, daß sie die Forderung eben so wie die unmittelbar vorher geltend gemachten Forderungen — also theilweise durch Cession – erworben habe. In der Replik wird dann

ausdrücklich auf das ad 1 und 2 Gesagte verwiesen. — Daß die fehlende Behauptung nicht durch die Bemerkung des Contradictors, daß die Liquidantin diesen Beweis werde zu erbringen haben, ersetzt werden kann, bedarf keiner Begründung.

58.

August Straßburg zu Bremen, Kläger, wider Johann Vagt zu Woltmershausen, Beklagten, wegen Besitzes und Eigenthum, jetzt geführten Beweis betreffend.

Urtheil vom 18. Mai 1878.

Nach Bremischem Recht begründet die Lassung Eigenthum in originärer Weise.

Der Verzicht des bisherigen Eigenthümers auf ein Grundstück und die Anerkennung des Eigenthums eines Andern an demselben ist weder nach gemeinem noch nach Bremischem Recht eine Erwerbsart des Eigenthums.

Nach Bremischem Recht ist bei Grundstücken die Ersitzung aus einem Titel ausgeschlossen, welcher sich auf ein Eigenthumsübertragungsgeschäft und eine auf Grund eines solchen vorgenommenen Tradition stützt. Dies gilt für den titulus verus sowohl als den Putativtitel.

Nach Bremischem Recht kann bei Grundstücken eine Ersitzung auf einen zum originären Eigenthumserwerb geeigneten Titel begründet werden.

Die Eigenthum begründende Wirkung der Lassung erstreckt sich auch auf die in derselben nicht ausdrücklich erwähnten Pertinenzien des Grundstücks, wenn sie schon durch das Recht für solche erklärt sind.

Das an einem Flusse belegene, den Ueberschwemmungen sowie den Ab- und Anlandungen desselben ausgesetzte Vorland ist rechtlich als eine Pertinenz des Eigenthums der Anlieger anzusehen.

Behufs Herstellung eines Canals durch den Woltmershauser Werder war die Expropriation eines Theiles des Vorlandes, welches sich vor dem Grundstücke des Klägers vom Woltmershauser Deiche bis an die Weser erstreckt, beschlossen worden. Das Erbe- und Handfestenamt erließ eine Abkündigung auf den Namen des Beklagten, als des bisherigen Eigenthümers. Während der Abkündigungsfrist widersprach der Kläger, da das gedachte Vorland sein Eigenthum sei. In dem Rechtsstreite, welcher sich jetzt zwischen den Parteien entspann, wurde dem Kläger u. A. zum Beweise verstellt, daß und inwieweit er Eigenthümer dieses Grundstücks sei. Bei seiner Beweisführung stützte er sich auf seine Lassung vom 5. Januar 1843, auf Anerkennung und Verzicht des angeblich früheren Eigenthümers und auf Ersitzung. Die nachfolgenden Entscheidungsgründe enthalten eine Würdigung des Beweises.

Nach den von dem Beklagten ihrem thatsächlichen Ergebnisse nach eigentlich gar nicht angegriffenen Aussagen der in erster Instanz vernommenen zahlreichen und in allen wesentlichen Punkten übereinstimmenden Zeugen war mit den vorigen Instanzen als Ergebniß der Beweisführung außer Zweifel gestellt zu erachten,

1., daß der Kläger während eines vor der Klagerhebung liegenden, die Dauer von 10 Jahren weit übersteigenden Zeitraums sich im fortgesetzten factischen und ausschließlichen Besitze der ganzen Parcele I 11 a/b. befunden habe und

unter Hinzunahme insbesondere auch der aus [10] sich ergebenden Verhandlungen vor der Convoyedeputation,

2., daß er diesen Besitz als einen ihm zustehenden rechtlichen, als Eigenthumsbesitz, während jener Zeit ausgeübt habe.

Es mußte aber auch

3., nach jenen Zeugenaussagen für voll nachgewiesen betrachtet werden, daß dieser Besitzstand ebenso zu der Zeit vorhanden war in welcher die Anlage des Canals durch den Woltmershauser Grohden in Angriff bezw. der hierzu vom Staate verwendete Theil jener Parcele von diesem in Besitz genommen ward und der jetzige Proceß begann, mag man letzteren Zeitpunkt auf die Zeit der Ladung oder der ersten Sachverhandlung verlegen.

Es würde daher die erste im Beweisinterlocute vom 7. April 1873 vom Kläger geforderte Beweisalternative vorbehältlich des

dem Beklagten dawider freigelassenen Eigenthumsbeweises für erbracht zu erkennen gewesen sein. Allein um diese handelt es sich zur Zeit noch nicht, sondern vielmehr um den in der zweiten Beweisalternative vom Kläger geforderten Beweis seines Eigenthums an der Parcele I 11 a/b, welches derselbe bei der Beweisantretung im Einzelnen auf seine Lassung vom 5. Januar 1843, auf Anerkennung und Verzicht des angeblich früheren Eigenthümers und auf Ersitzung gestützt hat.

Die vorigen Instanzen haben unter Zurückweisung des Eigenthumserwerbs aus der Lassung [4] auf Grund des nach Obigen festgestellten Besitzverhältnisses den Beweis der ordentlichen Ersitzung für erbracht erkannt und hiergegen sind zunächst die beklagtischen Appellationsbeschwerden gerichtet.

Bei Prüfung derselben durfte indessen eine zuvorige Untersuchung der Wirkung der vom Kläger zum Fundamente seines Eigenthumserwerbes gemachten Lassung nicht umgangen werden, da, falls dieselbe zur directen Begründung des prätendirten Eigenthums ausreichend wäre, allerdings auf der einen Seite wegen der in originärer Weise Eigenthum begründenden Function der Lassung

§. 13 der Erbe- und Handf.-Ordn. von 1860,
§. 17 der Erbe- und Handf.-Ordn. von 1833

für eine Ersitzung kein Raum mehr bleiben würde, aber auf der anderen Seite auch in diesem Falle die Beschwerden des Beklagten als hinfällig verworfen werden müßten.

Indessen ist in dieser Richtung den Ausführungen der vorigen Instanz beizutreten. Wenn nämlich die Lassungsbescheinigung besagt, die Lassung des Immobile sei erfolgt, wie dasselbe in vorstehender Aufgabe beschrieben worden, und nun diese Beschreibung in Betreff des Vorlandes sich so ausdrückt: „das Immobile erstreckt sich über den Deich hinaus auf dem Vorlande, soweit es nutzbar ist", so ist zunächst hiermit, selbst wenn man die Mehrdeutigkeit des Wortes „nutzbar" anerkennen muß, soviel gewiß, daß dem Kläger nicht das g a n z e Vorland gelassen sei. Es wird sich sodann aber auch die Annahme nicht abweisen lassen, daß mit jenem Worte eine b e st i m m t e Grenze hat bezeichnet werden sollen und daß daher jenes Wort hier in dem ganz bestimmten Sinne des Vorhandenseins einer landwirthschaftlichen Cultur durch Gewinnung der natürlichen Früchte des Bodens verstanden werden muß.

Dafür spricht mit großer Wahrscheinlichkeit der drei Zeilen weiter von demselben Worte in diesem Sinne gemachte Gebrauch, und mit Nothwendigkeit der ganze Zweck der Beschreibung, zu deren Vervollständigung jenes Wort eingefügt ist. Schon nach dem §. 31 sub d der Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1833 nämlich mußte die zum Zwecke der Abkündigung und späteren Lassung einzureichende Aufgabe eine genaue Angabe der Grenzen des zu veräußernden Immobile enthalten. Als Bezeichnung eines in einer bestimmten Zeit gelassenen Grundstücks und dessen Umfangs zu dienen, ist aber nur eine Bezeichnung im Stande, welche der augenblicklich zur Zeit des Rechtsacts vorhandenen Beschaffenheit desselben entnommen ist, nicht aber eine solche, welche nur eine künftige Möglichkeit bezeichnet und gerade deshalb, weil mit ihr kein zeitlich und räumlich festbestimmter Zustand zur Grundlage genommen wird, durchaus ungeeignet ist, für das von einem bestimmten Rechtsacte betroffene Grundstück eine feste und sichere Grenze dritten Personen gegenüber zu kennzeichnen.

Auch das ältere vom Kläger für sich benutzte Vermessungsregister [27] ist nicht geeignet, den Beweis herzustellen, daß das vom Kläger beanspruchte Areal ganz oder zu irgend einem Theile zur Zeit der Lassung nutzbares Eigenthum im oben erwähnten Sinne gewesen sei. Es spricht überhaupt nicht von „nutzbarem", sondern von „benutztem" Eigenthum und geht aus ihm selbst hervor, daß es unter jener Bezeichnung nur die thatsächliche Benutzung zum Sodenstich hat verstehen wollen.

Ergiebt sich ferner aus den Zeugenaussagen, daß zur Zeit des Ankaufs der Murtfeld'schen Stelle durch Kläger das ganze Vorland bis auf einen ganz unbedeutenden, dicht am Fuße des damals sehr schmalen Deichs belegenen Tractus, von welchem nach der späteren Deichverbreiterung nicht einmal gesagt werden kann, daß er jetzt in der streitigen Parcele enthalten sei und nicht vielmehr unter dem jetzigen Deiche liege, jeder Cultur entbehrt habe, also nicht nutzbar gewesen sei, so kann überall nicht davon die Rede sein, daß aus der Lassung [4] hervorgehe, daß dieselbe die Parcele I 11 a/b ganz oder auch nur zu irgend einen näher festzustellenden Theile begreife und an derselben ganz oder theilweise Eigenthum für Kläger begründe.

Eben so wenig kann die vom Kläger vom Standpunkte des Beklagten aus aufgestellte Behauptung, daß dessen Vater und Vorbesitzer Berend Vagt das Eigenthum des Klägers anerkannt und auf alle seine etwaigen bisherigen Rechte verzichtet habe, zur Begründung eines Eigenthums des Klägers nach irgend einer Richtung ausreichen, da schon nach gemeinem Rechte Anerkennung und Verzicht des bisherigen Eigenthümers keine Erwerbsarten des Eigenthums sind, namentlich aber nach Bremischem Recht, abgesehen von bestimmten hier nicht vorliegenden Ausnahmen, Eigenthum auf Grund einfachen Uebertragungsacts selbst bei hinzugetretenem Besitz nicht erworben werden kann.

Es wird daher der klägerische Eigenthumsbeweis allerdings allein davon abhängen, wie es sich mit der vom Kläger für sich in Anspruch genommenen Ersitzung verhalte, wobei, da auch Beklagter sein Recht nicht auf eine Lassung zu stützen vermag, dahin gestellt bleiben kann, wie die Möglichkeit einer Ersitzung nach Bremischem Rechte einer Lassung gegenüber zu beurtheilen sein würde. In dieser Richtung kommt ferner allein die ordentliche Ersitzung in Frage, da die mit genügender Sicherheit festgestellte Besitzübung, welchen Zeitpunkt man auch als den entscheidenden ansehen mag, sich jedenfalls nicht völlig über einen dreißigjährigen Zeitraum erstreckt.

Die nächste Frage ist dann freilich, ob, wie Beklagter leugnet, die früheren Erkenntnisse aber annehmen, die ordentliche Ersitzung nach heutigem Bremischen Rechte überhaupt als eine Erwerbsart des Eigenthums an Grund und Boden anzuerkennen sei. Indessen muß zuvörderst außer Zweifel sein, daß die Sätze des gemeinen Rechts in dieser Materie, wie in allen anderen des Privotrechts, auch für Bremen soweit in Anwendung zu bringen sind, als nicht besondere Gründe des particularen Rechts dem entgegenstehen.

Nun soll aber nach den Bestimmungen der Bremischen Erbe- und Handfesten-Ordnungen von 1833 und 1860 (§. 14 bezw. 10) Eigenthum nur durch Zuschlagsprotokoll oder Lassung, zu welchen im Expropriationsverfahren noch das Ueberweisungsprotokoll hinzutritt,

§. 38 der Expropriations-Verordn. vom 14. Juni 1843,

in rechtsgültiger Weise übertragen werden können. Damit kommen also alle diejenigen gemeinrechtlichen Eigenthumserwerbsarten für

das Bremische Recht in Wegfall, welche auf einer **Uebertragung** des Eigenthums durch den bisherigen Eigenthümer sich stützen. Mit Ausnahme derjenigen Fälle, in welchen nach den §. 18 und 14 der Erbe- und Handfesten-Ordn. von 1833 und 1860 es einer Abkündigung und Lassung nicht bedarf, können also nach Bremischem Recht Grundstücke durch Tradition ex justa causa nicht eigenthümlich erworben werden.

Gilt dies nun freilich nur für die s. g. derivativen Erwerbsarten des Eigenthums ohne directe Einwirkung auf die originären, zu denen auch die Ersitzung gehört, so ist doch sofort klar, daß die Unmöglichkeit eines Eigenthumserwerbes an Grund und Boden durch ein Uebertragungsgeschäft nicht ohne Rückwirkung auch auf die Ersitzung sein kann, insoweit diese den Besitzerwerb auf Grund eines Uebertragungsgeschäfts zu seinen Voraussetzungen zählt.

Das Erforderniß eines justus titulus bei der ordentlichen Ersitzung beruht wesentlich auf der rechtlichen Möglichleit, vermöge des im Titel enthaltenen Rechtsgeschäfts Eigenthum zu erwerben, und deshalb muß ein Rechtsgeschäft, welchem gemeinrechtlich eine solche Wirkung beiwohnt, welchem das Particularrecht dieselbe jedoch entzieht, in diesem letzteren ungeeignet sein, einen justus titulus für die ordentliche Ersitzung zu bilden. Wenn also die Brem. Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1833 in den §. 14, 15, 17 (Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1860 §. 10, 12, 13) dem Veräußerungsgeschäfte und der in Folge dessen vorgenommenen Tradition die Fä.igkeit, Eigenthum zu übertragen, entzieht und soweit es den Eigenthumserwerb betrifft, an deren Stelle die Lassung und die Aushändigung des Zuschlagsprotokolls und zwar mit der ferneren Wirkung, in dem Erwerber absolntes, von einem solchen des Veräußerers unabhängiges Eigenthum, also mit originärer Function zu begründen, so ist damit allerdings für das Bremische Recht eine jede Ersitzung aus einem Titel ausgeschlossen, welcher sich auf ein Eigenthumsübertragungsgeschäft und eine auf Grund einer solchen vorgenommene Tradition stützt, oder mit kurzen Worten: eine traditio ex justa causa kann als Ersitzungs-Titel für Grundstücke nicht geltend gemacht werden.

Und zwar muß dies sowohl für den titulus verus, wie für den Putativtitel Geltung haben. Denn wenn dieser letztere mit

Recht auch da zugelassen wird, wo das Geschäft, aus welchem der Eigenthumsübergang vor sich gegangen sein soll, überhaupt oder in seiner rechtlichen Wirksamkeit nur auf einer irrthümlichen Auffassung des Ersitzenden beruht, so muß das Geschäft, auf welches der Irrthum sich bezieht, dennoch stets ein solches sein, welches an sich zum Eigenthumserwerbe geeignet ist. Andernfalls würde der Irrthum des Usukapienten nothwendig ein Rechtsirrthum sein, und ein solcher würde zur Begründung auch eines Putativtitels niemals ausreichen.

l. 31 pr. D. de usurpat. 41, 3,
Vgl. Wächter, die bona fides §. 21 ff,
Bruns, das Wesen der bona fides, §. 12.

Es ist daher dem Beklagten zuzugestehen, daß der Kläger aus dem mit der Wittwe Murtfeld abgeschlossenen Kaufvertrage und dem auf Grund desselben erlangten Besitze niemals einen Titel für die von ihm geltend gemachte Ersitzung abzuleiten befugt ist. Aber hieraus folgt nichts für die Begründung einer Ersitzung auf einen zum originären Eigenthumserwerbe geeigneten Titel und gerade um einen solchen handelt es sich im vorliegenden Falle, in welchem Kläger seine Ersitzung auf die ihm ertheilte Lassung vom 5. Februar 1843 stützt.

Allerdings ist nun diese Lassung nicht geeignet, direct oder auch nur als verus titulus vom Kläger für seine angebliche Ersitzung verwerthet zu werden, denn dieselbe erweist, wie bereits bemerkt, aus sich selbst, daß sie direct nicht auf das ganze streitige Vorland sich erstrecke und der Kläger konnte deshalb niemals als in gutem Glauben befindlich betrachtet werden, wenn er trotzdem das ganze Vorland in Besitz nahm, und andererseits verschafft die Lassung nach der Erbe- und Handfesten-Ordnung allemal schon Eigenthum ohne Rücksicht auf das Maß des Rechts des Veräußerers, so daß dieselbe bei einer Ersitzung überhaupt nur als Putativtitel in Frage kommen kann.

Allein nichtsdestoweniger ist gerade im vorliegenden Falle anzunehmen, daß sowohl unter den mancherlei konkurrirenden Umständen die Lassung selbst in ihrer nicht durchweg festen Grenzbestimmung, als auch die Natur des jetzt streitigen Areals und das Verhältniß desselben als eine Pertinenz zu demjenigen Grund-

stücke, an welchem der Kläger durch die Lassung zweifelfrei das Eigenthum erwarb, in demselben zu dem entschuldbaren Irrthum geführt hat, daß er mit dem Erwerbe aus jener Lassung entweder mittelbar das Eigenthum an dem streitigen Areale selbst oder das Recht erwerbe, es durch Besitzerwerb und Vereinigung mit seinem Grundbesitze zu seinem Eigenthum zu machen.

Nach dem §. 31 sub. d der Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1833 (§. 28 sub. d der Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1860) hat die Aufgabe, welche die Grundlage der Lassung bildet und der entsprechend regelmäßig und so auch bei der Lassung vom 5. Januar 1843 dieselbe erfolgt, nur solche Pertinentien namentlich aufzuführen, welche nicht bereits durch das Recht für solche erklärt sind d. h. die Eigenthum konstituirende Wirkung der Lassung erstreckt sich auf letztere Pertinentien, ohne daß es einer ausdrücklichen Erwähnung derselben in der Lassung bedurfte; und gerade dieser Satz ist es, welchen der Kläger für sich geltend machen darf, um aus ihm seinen Glauben an ein ihm mittelst der Lassung erworbenes Eigenthum zu rechtfertigen.

Aus den übereinstimmenden Aussagen zahlreicher Zeugen ergiebt sich, daß das ganze streitige Areal mit Ausnahme vielleicht eines geringen, dicht am Deiche belegenen, nutzbaren Streifens, welcher dann aber direct aus der Lassung dem Kläger erworben sein würde, ein wüstes und wildes, den Ueberschwemmungen des Flusses und dessen Ab- und Anlandungen ausgesetztes Terrain war, so daß also zu der Zeit, als Kläger die Murdfeld'sche Stelle erwarb, dasselbe seiner ganzen Beschaffenheit nach mit Recht entweder als ein Theil des Flußbettes oder vielmehr als dessen unnutzbares Ufer angesehen werden mußte,

> vgl. 3 §. 1 D. de fluminibus 43, 12 ripa ea putatur esse, quae plenissimum flumen continet,

jedenfalls aber eine solche Annahme wenigstens eine thatsächlich durchaus entschuldbare war.

Auch an sich schon war dies ganze Vorland völlig geeignet, eine natürliche Pertinenz des am Deiche liegenden Vorlandes zu bilden. Es diente zur vollendeten Sicherheit des Deichs und des mit diesem verbundenen Binnendeichslandes und erfüllte immer mehr diesen Zweck der Pertinenzqualität, jemehr es durch Auf-

führung und Verbesserung durch den Kläger nutzbar gemacht und allmählich unter Cultur gebracht wurde.

Aber auch rechtlich bildet ein solches Vorland als Flußufer eine Pertinenz des Eigenthums der Anlieger, da es in proprietate eorum est, quorum praediis adhaeret.

l. 30. §. 1 D. de acq. rer. dom. 41, 1
l. 4. Inst. de rerum div. 2, 1.

Wenn der Kläger in einer von solcher Auffassung ausgehenden Ansicht den Besitz des Vorlandes ergriff, kann mit Recht gegen ihn auch nicht der direct nur auf das nutzbare Vorland gerichtete Inhalt der Lassung geltend gemacht werden, denn diese Bestimmung würde zweifellos allerdings eine nach dem damaligen Zustande feste Grenze gegen angrenzendes Eigenthum verleihen, sie schließt aber auf der andern Seite, wo ein Dritteigenthum fehlt oder irriger Weise nicht angenommen wird, durchaus nicht aus, daß das festbeschriebene Eigenthum durch rechtliche oder thatsächliche Zubehörungen sich erweitere. Nun wird allerdings, wenn, wie im vorliegenden Falle angenommen werden muß, der Eigenthumsprätendent einem dritten Berechtigten ausschließen will, von jenem nachzuweisen sein, daß er dessen ihn vom Flusse trennendes Eigenthum in entschuldbarer Weise nicht gekannt, sondern sich selbst für den Anlieger gehalten habe.

Daß dem aber bei dem streitigen Areale so gewesen sei, dafür ergeben sich aus dem beigebrachten Beweismateriale ausreichende Beweise.

Fast sämmtliche Zeugen, welche als Ortsangehörige und Nachbaren des Klägers über die Beschaffenheit des Landes zur Zeit des Erwerbs durch Kläger aussagen, bedienen sich in bezeichnender Uebereinstimmung der Redeform „als Kläger das Land kaufte, war es wüst und niedrig“ und bekunden damit deutlich, daß sie dasselbe als eine Zubehörung der vom Kläger gekauften Murtfeld'schen Stelle ansahen, deren Eigenthum jenes folgte. Der Kläger ist daher gewiß entschuldigt, wenn er diese übereinstimmende Ansicht seiner Umgebung theilte. Daß er dies aber nicht nur selbst that, sondern in einem solchen Glauben auch durch die Handlungsweise der zuständigen Behörden und nächsten Interessenten, zu denen auch der Vater und Rechtsvorgänger des

Beklagten, Berend Vagt, gehörte, auf das erheblichste bestärkt werden mußte, ergeben die Verhandlungen vor der Convoye-Deputation [10], da jede Verhandlung mit dem Kläger und jeder Versuch denselben zu einem Vergleich in Betreff des jetzt streitigen Terrains oder eines Theils desselben zu bewegen, offenbar völlig zwecklos gewesen wäre, wenn man nicht allseitig den Kläger als dessen Eigenthümer angesehen hätte.

Auch fehlt es an jedem Anhaltspunkte, welcher darauf gedeutet werden könnte, daß der Kläger irgend wie ein ihm entgegenstehendes Eigenthum des Berend Vagt oder, worauf es hier allein ankäme, ein Fortbestehen desselben nach der an ihn erfolgten Lassung gekannt hätte.

Selbst die Mittheilungen des Klägers über die ihm gegenüber gemachten Erklärungen eben dieses Berend Vagt, auf welche der Beklagte sich mehrfach bezieht, dürfen hieran nichts ändern, denn dieselben enthalten nichts, was als ein Bestreiten des klägerischen Rechts nach der angabelos erfolgten Lassung gelten dürfte, sondern vielmehr, wenn sie überhaupt von Bedeutung wären, würden sie nur eine Anerkennung des Verlustes eines angeblichen Rechtes auf Seiten des Berend Vagt und damit eine Bestärkung des Klägers in seinem Glauben über den Umfang des durch die Lassung vom 5. Januar 1843 erlangten Rechtserwerbes haben bewirken können.

Einer solchen Auffassung gegenüber ist es denn auch völlig bedeutungslos, wenn Beklagter mit großer Entschiedenheit geltend zu machen sucht, daß Kläger niemals bona fide habe annehmen können, daß er nach der Lassung, durch welche ihm nur nutzbares Vorland verlassen wurde, dennoch auch solches rechtlich habe in Besitz nehmen dürfen, welches lediglich aus unnutzbarem Sande bestehe. Denn diese Besitznahme stützt sich nicht mehr direct auf die Lassung, sondern auf die in den Rechten begründete Zubehörung des in Besitz genommen Terrains zu dem in der Lassung wirklich beschriebenen Grundstücke, welches deshalb von jenem durchaus seiner Beschaffenheit nach verschieden sein kann. Daß aber die directe, sofortiges Eigenthum bewirkende Function der Lassung nicht wie sonst regelmäßig auch für die Zubehörungen des gelassenen Grundstücks in Wirksamkeit tritt, sondern hierzu es einer aushelfenden Ersitzung bedarf, beruht allein auf dem dazwischen

tretenden, angeblichen früheren Eigenthumsrechte des Beklagten bezw. seines Vaters Berend Vagt, durch welches der rechtliche Charakter des streitigen Terrains als einer Zubehör der Murtfeld'schen Stelle in Zweifel gestellt wird.

Der in dieser Weise bona fide fortgesetzte Besitz bezieht sich auf den jenseits der durch den Wortsinn der Lassung bezeichneten Grenzen liegenden Umfang des Zubehörs, auf die ampliores fines des Ganzen, und der Titel desselben war die vermeintliche Zubehörigkeit des Vorlandes zu der verkauften und gelassenen Landstelle.

Die dann nach vollendeter ungestörter Besitzzeit eintretende Wirkung der Eigenthumsersitzung kann also eben so sehr auf den Titel pro suo

vergl. auch l. 2 §. 6 i. f. D. pro emtore 41, 4

als auf den Titel einer putativen Lassung, d. h. einer solchen zurückgeführt werden, bei welcher allerdings nicht die Existenz einer Lassung überhaupt auf einem irrigen Glauben des Usukapienten beruht, wohl aber die Annahme, daß das besessene Grundstück eine rechtliche Zubehörung des wirklich gelassenen Immobile bilde. Auch ein Irrthum in letzterer Richtung muß aber für genügend und zulässig gehalten werden, um als Ersatz eines nicht vorhandenen verus titulus zu dienen, weil derselbe im vorliegenden Falle sich keineswegs auf die Frage nach dem Vorhandensein der rechtlichen Erfordernisse der Zubehörigkeit, sondern nur auf die thatsächlichen Verhältnisse des Umfanges einer solchen bezw. des gelassenen Grundstücks bezieht.

Wenn daher aus diesen Gründen in factischer wie rechtlicher Beziehung der vom Kläger versuchte Beweis einer ordentlichen Eigenthumsersitzung und zwar in dem ganzen beanspruchten Umfange mit Recht von den Vorinstanzen für geführt erkannt ist, konnte ein etwa früher dem Vorbesitzer des Beklagten bezw. diesem selbst zustehendes Eigenthum nicht weiter in Frage kommen, sondern mußten die Appellationsbeschwerden des letzteren unter Verurtheilung desselben in die Kosten dieser Instanz als unbegründet zurückgewiesen werden.

59.

Heinrich Kurz zu Bremen, jetzt Wietmarschen bei Lingen; Kläger, gegen Carl Poppe zu Bremen, Beklagten, Forderung betreffend.

Urtheil vom 28. Mai 1878.

Wenn Jemand, welcher bestimmte Dienste nur gegen Entgelt zu leisten pflegt, auf Verlangen eines Andern Dienste solcher Art leistet, so ist ein Dienstmiethevertrag für stillschweigend abgeschlossen zu halten, bei welchem die Vergütung nach der für solche Dienste üblichen Belohnung bemessen werden soll.

Substanziirung einer Klage auf Bezahlung von Maurerarbeiten, welche außer den auf Grund eines abgeschlossenen Contractes geleisteten Arbeiten geliefert sind.

Dem Kläger liegt der Beweis ob, daß er nach Maßgabe des abgeschlossenen Contractes zur Ausführung der betreffenden gelieferten Arbeiten nicht verpflichtet war.

Aus den Gründen:

Es handelt sich lediglich darum, ob und unter welchen Voraussetzungen der Kläger für außeraccordliche Arbeiten eine besondere Vergütung, — bis zu höchstens M. 1635 — beanspruchen könne.

1., Das Untergericht hat diesen Klaganspruch verworfen, weil eine Vereinbarung über Vergütung etwa außer Accord gelieferter Arbeiten zwischen den Parteien nach der eignen Darstellung des Klägers nicht getroffen sei, auch aus den vom Kläger angeführten Thatsachen irgend eine Bestellung von Arbeiten außer Accord nicht entnommen werden könne, vielmehr der Beklagte stets Herstellung der sämmtlichen Arbeiten für die im Contract vom 12. Juni 1875 festgestellte Accordsumme verlangt habe. Allein von einer ausdrücklichen Vereinbarung über eine zu leistende Vergütung kann der erhobene Anspruch nicht abhängig gemacht werden. Der Kläger ist Maurermeister und als solcher gerade für den Beklagten auf Grund eines mit ihm abgeschlossenen Contractes gegen eine

bedungene Accordsumme in Thätigkeit getreten. Leistete er auf Verlangen des Beklagten noch anderweite, nicht in diesen Accord eingeschlossene Arbeiten seines Fachs, so konnte von ihm, der Dienste solcher Art nur gegen Entgelt zu leisten pflegt, nicht anders angenommen werden, als daß er mit der Erwartung zu empfangender Vergütung sich den Arbeiten unterziehe, und konnte dies unter den bemerkten Umständen auch für den Beklagten keinem Zweifel unterliegen. Verhält es sich aber in einem Falle so, dann ist ein Dienstmiethevertrag für stillschweigend abgeschlossen zu achten, bei welchem die Vergütung, in Ermangelung späterer Uebereinkunft, nach der für solche Dienste üblichen Belohnung bemessen werden soll. Auch hat der Beklagte, wie der Kläger mit Recht geltend macht, sich darauf, daß der Kläger ihm unentgeltliche Dienste hätte leisten oder er (Beklagter) solche von ihm in Anspruch nehmen wollen, überall nicht berufen, vielmehr den Anspruch nur deshalb bestritten, weil die Arbeiten des Klägers sämmtlich zu den ihm accordmäßig obliegenden gehört hätten. Es ergiebt sich hieraus von selbst, daß der Rechtsfall, welcher in dem bei

Seuffert, Bd. 21. S. 94. (No. 49)

mitgetheilten Präjudicat des Ober-Appellations-Gerichtes beurtheilt worden ist, von dem gegenwärtigen in seinen Voraussetzungen ganz verschieden ist.

Es konnte daher nur darauf ankommen, ob der Kläger die erforderlichen Behauptungen aufgestellt hat. In Bezug darauf, daß der Kläger Arbeiten, die ihm nach dem Contract vom 12. Juni 1875 nicht oblagen, geleistet habe, unterliegt das keinem Zweifel. Die Parteien sind darüber einig, daß der Kläger die in jenem Contract bedungenen Arbeiten auf Grund einer vom Beklagten zu diesem Zweck vorgelegten Bauzeichnung auszuführen gehabt habe.

vergl. [5] pg. 1.

Nun heißt es in der Klage: nach dieser Bauzeichnung hätten die Gebäude völlig schlicht und ohne alle architektonische Ornamente aufgeführt werden sollen; es seien aber dann abweichend davon die Fenster mit Bekrönungen versehen, die Giebel reichlich verziert (durch s. g. Schießscharten), die Brandmauern mit Formsteinen

abgedeckt und mit Kämmen versehen worden; zu diesen Arbeiten seien 10 Tausend Formsteine nöthig gewesen, die Kläger aus gewöhnlichen Steinen habe aushauen lassen müssen. Es ist also unzweideutig eine über die contractliche Verpflichtung hinausgehende Arbeitsleistung behauptet, und dies in der Replik pg. 2 und 5 (verb. „Extraarbeiten außerhalb des Contracts") ausdrücklich wiederholt worden. Der Beklagte hat sich zwar, neben dem Leugnen einer Abweichung von der Bauzeichnung, insbesondere noch darauf berufen, daß, wie der Contract [6] besage, der Kläger etwa nicht speciell aufgeführte Arbeiten, sie möchten Namen haben wie sie wollten, unweigerlich auszuführen gehabt habe, ohne dafür eine besondere Vergütung beanspruchen zu können. Allein wie der Kläger mit Recht geltend macht, lautet die fragliche Stelle des Contractes nicht so allgemein, es ist nur von solchen nicht speciell aufgeführten Maurerarbeiten die Rede, „die zur gänzlichen Vollendung des Baues gehören." Es waren vorher von den Maurerarbeiten, die der Kläger vorzunehmen habe, mehrere erläuterungsweise speciell namhaft gemacht worden. Um zu verhüten, daß hierin etwa eine vollständige Aufzählung aller Arten von Maurerarbeit gefunden werden möchte, wurde jene allgemeine Clausel beigefügt, welche nochmals bestätigen sollte, was gleich im Eingang des Contractes gesagt war, daß Kläger die sämmtliche Maurerarbeit an den drei Packhäusern übernehme. An der einen wie an der andern Stelle waren als selbstverständliches Object der vom Kläger zu verrichtenden Maurerarbeit die Packhäuser vorausgesetzt, wie sie nach Maßgabe der zu Grunde gelegten Bauzeichnung hergestellt werden sollten. Die vom Beklagten angerufene Stelle bedeutete daher nichts anderes und konnte nichts anderes bedeuten, als daß der Kläger für die festgesetzte Accordsumme alle Maurerarbeiten, welche zur gänzlichen Vollendung des Baues, wie er aus der Bauzeichnung erkennbar war, ohne alle Ausnahme ausführen müsse.

Auch der andere für den Klaggrund erforderliche Umstand, daß die außeraccordlichen Arbeiten auf Verlangen des Beklagten geleistet worden seien, ist vom Kläger behauptet worden. Denn in der Klage wird als Anlaß zu der Leistung ausgeführt: obwohl die Gebäude nach dem Plan völlig schlicht hätten aufgeführt werden

sollen, so sei doch bei der Ausführung der Beklagte sehr von der Zeichnung abgewichen. Hierin, wie in den weiteren Angaben: Kläger habe zu jenen Arbeiten Formsteine aushauen lassen müssen, er habe dem Beklagten sofort erklärt, daß er die fraglichen Arbeiten für den bedungenen Preis nicht ausführen könne, ist jene Behauptung unverkennbar enthalten. Ebenso heißt es in der Replik: gleich nachdem Beklagter von der Zeichnung abzuweichen begonnen, habe Kläger wiederholt dagegen protestirt und eine Erhöhung der Accordsumme verlangt, und nachdem Beklagter ihn längere Zeit hingehalten, sich schließlich geweigert, die Arbeit ohne Erhöhung des Accordes fortzusetzen worauf Beklagter ihn fortgeschickt habe; was jene Behauptung gleichfalls in sich schließt. Der Vertheidigung des Beklagten gegenüber, daß alle vom Kläger jetzt hervorgehobenen Arbeiten demselben kontraktlich obgelegen hätten, ist nun allerdings vom Kläger nicht behauptet worden, daß der Beklagte die fraglichen Arbeiten ausdrücklich als *außeraccordliche*, oder auch nur mit dem Bewußtsein dieser ihrer Eigenschaft, gefordert habe. Darauf konnte es aber auch nicht ankommen. Waren die geforderten Arbeiten objectiv wirklich solche, die außerhalb des Accordes lagen, so kann der Beklagte sich nicht darauf berufen, daß er den Contrakt anders aufgefaßt habe. Da er keine unentgeltliche Arbeit vom Kläger fordern *konnte*, so hatte er die richtige Auslegung des Contraktes zu Grunde zu legen, muß sich also so behandeln lassen, als habe er wenigstens eventuell in die Verpflichtung zu einer neben der Accordsumme zu leistenden angemessenen Vergütung eingewilligt.

2., Wenn hiernach der Anspruch des Klägers an sich als begründet anzuerkennen war, so fragte sich, ob ein denselben rechtlich ausschließender Umstand, processualisch betrachtet *eine Einrede*, entgegenstehe.

a., Das Obergericht hat einen solchen Umstand darin finden zu müssen geglaubt, daß der Beklagte nach der eignen Darstellung des Klägers diesem die Forderung einer besonderen Vergütung für angeblich über den Accord hinausgehende Arbeiten von Anfang an geweigert und dadurch deutlich seinen Willen zu erkennen gegeben habe, die betreffenden Arbeiten als nicht besonders zu vergütende, sondern in der Accordsumme mit begriffene beanspruchen zu wollen. Ohne Zweifel würde auch, wenn der Beklagte wirklich vor Verrichtung

der in Rede stehenden Arbeiten sich gegen den Kläger in diesem Sinne erklärt hätte, die Schlußfolgerung, worauf der Klaganspruch beruht, nämlich die aus dem Verlangen und Leisten von Diensten ohne ausdrückliche Feststellung des Maßes ihrer Vergütung, für beseitigt erachtet werden müssen. Nahm der Kläger trotz einer solchen Erklärung die Arbeiten doch vor, so würde für einen Anspruch auf angemessenen Lohn kein Rechtsgrund gegeben sein.

Ob indessen die Auffassung des Obergerichts sich processualisch würde rechtfertigen lassen, da der Beklagte sich excipiendo mit keinem Wort darauf berufen hat, beim Beginn der hier fraglichen Arbeiten eine Erklärung des gedachten Inhalts abgegeben zu haben, kann dahin gestellt bleiben. Denn jedenfalls liegt ein Geständniß des Klägers, wie es vom Obergericht angenommen worden ist, nicht vor. Die Worte der Klage:

> Kläger habe gleich nach begonnener Abweichung von der Bauzeichnung erklärt, er könne unter diesen Umständen die Arbeiten für den bedungenen Preis nicht ausführen, „Beklagter wollte sich aber auf nichts einlassen und wies schließlich den Kläger aus der Arbeit,“

konnten allerdings leicht als ein Geständniß des angenommenen Inhalts verstanden werden. In der Replik hat sich jedoch der Kläger näher dahin ausgesprochen: er habe bereits im October oder November 1875, sofort nachdem Beklagter von der Zeichnung abzuweichen begonnen habe, dagegen wiederholt protestirt und eine Vereinbarung über Erhöhung der Accordsumme verlangt. Beklagter habe ihn längere Zeit mit Versprechungen und Ausreden hinzuhalten gesucht, schließlich aber den sich bestimmt weigernden Kläger aus der Arbeit fortgeschickt. Aus dieser Erläuterung ergiebt sich unzweideutig, was der Kläger mit jenen Worten der Klage meinte. Es sollte damit nicht gesagt sein, daß der Beklagte die Eigenschaft der beanstandeten Arbeiten als außeraccordlicher bestritten und ihre Ausführung als dem Kläger contractlich obliegender beansprucht habe; sondern vielmehr nur, daß der Beklagte sich auf Verhandlungen über Erhöhung der Accordsumme nicht habe einlassen wollen und den Kläger in dieser Beziehung mit Versprechungen und Ausreden hingehalten habe, bis es zu Ende des Januar 1876

zum Bruche kam. Ein Vorbehalten dieser Art steht aber der Begründung des klägerischen Anspruchs in keiner Weise entgegen.

b., Außerdem kam als möglicher Einrede-Stoff nur noch die Behauptung des Beklagten in Betracht,

> es sei bei Abschluß des Vertrages verabredet worden, daß die Packhäuser in ähnlicher Weise ausgeführt werden sollten, wie ortsüblich, und namentlich ähnlich wie die dem Beklagten gehörigen Packhäuser am Stephanithors-Bollwerk, wozu das Mauern einer vortretenden Schicht Mauersteine über den Fenstern als s. g. Bekrönung und die Herstellung des completen Giebels mit Gesims, sowie das Hervortreten der Brandmauern über die Dächer nach baupolizeilicher Vorschrift gehöre.

Der erste Theil dieser Behauptung, es sei die Ausführung des Baues „wie ortsüblich" verabredet worden, hat nicht die Eigenschaft einer Einrede. Denn, worauf sich der Beklagte auch noch ausdrücklich bezogen hat, im Contract [6] war bereits festgesetzt, daß die bedungenen Mauerarbeiten „alle hier ortsüblichen Arbeiten" umfassen sollten. Der Kläger hat daher ohnehin nachzuweisen, daß die jetzt von ihm hervorgehobenen Arbeiten solche seien, die ihm nach dem Contract und der Bauzeichnung, bei ortsüblicher Ausführung derselben, nicht oblagen. Und dem Beklagten steht es frei, im Gegenbeweise darzuthun, daß alle oder einzelne jener Arbeiten nach ortsüblicher Auffassung des Contractes und der Bauzeichnung zu den contractlichen Pflichten des Klägers gehörten.

Dagegen war in dem zweiten Theil der Behauptung, der Verabredung eines den andern Packhäusern des Beklagten ähnlichen Baues, eine erhebliche Einrede anzuerkennen. Denn eine mündliche Verabredung der fraglichen Art kann, als eine ergänzende und näher bestimmende, durch die Aufzeichnung des schriftlichen Contractes [6] nicht für ausgeschlossen erachtet werden, zumal dieser Contract auch der nach der übereinstimmenden Angabe der Parteien zu Grunde gelegten Bauzeichnung nirgends gedenkt, also keine ganz vollständige Darstellung des Vertragsverhältnisses bezweckt haben kann. Die gedachte Behauptung ist vom Kläger geleugnet worden und bedarf daher des Beweises von Seiten des Beklagten.

60.

Georg Wilhelm Huchting zu Rockwinkel, Kläger, wider den Senator Dr. Albert Gröning zu Bremen, als Landherrn, Beklagten, Wegestreitigkeit betreffend.

Urtheil vom 1. Juni 1878.

Solche Rechte, auf welche nach ihrer publicistischen Natur und Entstehungsart die Ersitzung nicht anwendbar ist, können durch unvordenkliche Zeit entstehen.

Wege, welche über Menschengedenken hinaus als öffentliche Wege im Gebrauch gestanden haben, nehmen die rechtliche Natur öffentlicher Wege an, auch wenn sie ursprünglich auf Privatboden angelegt sind.

Der Grund und Boden öffentlicher Wege kann sich im Privateigenthum befinden.

Die öffentliche Wegelast steht nicht unter den für Servituten geltenden Grundsätzen, da der publicus usus kein Privatrecht ist, insbesondere auch nicht des Staats, welcher nur Kraft seiner Hoheitsrechte zu den öffentlichen Wegen in ein bestimmtes Herrschaftsverhältniß tritt.

Die Eigenschaft einer Sache als einer via publica kann nur durch Anordnung der zuständigen Behörde und unvordenkliche Zeit wieder beseitigt werden.

Bei Abkündigung eines Grundstücks bedurfte auch vor Erlaß des Gesetzes vom 10. Juni 1876 eine darauf ruhende öffentliche Wegelast zu ihrer Erhaltung keiner Anmeldung zum Angabeprotokoll.

Aus den Gründen:

Wenn die dürftig abgefaßte Klage auch zweifelhaft läßt, ob die vom Kläger angegriffene Verfügung des Landherrn sich auf den dritten oder vierten Absatz des §. 1 der Verordnung über die Wege im Landgebiete vom 4. April 1871 gestützt habe, so behauptet doch schon die Vernehmlassung [3] der Untergerichts-Akten mit voller Bestimmtheit, daß jene Verfügung des Landherrn den Weg nicht zu einem öffentlichen gemacht, dies Rechtsverhältniß

nicht geschaffen, sondern lediglich konstatirt und bezweckt habe, einen über die Eigenschaft dieses Weges als eines öffentlichen vorhandenen Zweifel zu beseitigen.

Nachdem Kläger in der Replik diese Behauptung nach jeder Richtung unbestritten gelassen, ergiebt sich aus den Akten kein ersichtlicher Anlaß, welcher das Obergericht bewegen konnte, nichtsdestoweniger seinem Erkenntnisse die Annahme zum Grunde zu legen, daß die angegriffene landherrliche Verfügung abweichend von dem erstinstanzlichen Erkenntnisse nicht auf den vierten, sondern auf den dritten Absatz des citirten §. 1 sich gründe.

In dieser Instanz herrscht denn auch unter den Parteien erklärtes Einverständniß darüber, daß jene Verfügung wirklich auf der Grundlage des vierten Absatzes des §. 1 der Wegeordnung für das Landgebiet ergangen sei, und damit fallen diejenigen Argumentationen als gegenstandslos hinweg, aus welchen das obergerichtliche Erkenntniß zur Verwerfung der Appellation des Klägers gelangt ist.

Nichtsdestoweniger mußte auch in dieser Instanz die Bestätigung und zwar im Wesentlichen aus den Gründen des Untergerichtserkenntnisses für gerechtfertigt erachtet werden.

Der Kläger greift dasselbe deshalb an, weil er

1., der Ansicht ist, daß die unvordenkliche Verjährung eine wirkliche in unvordenklicher Zeit liegende privatrechtliche Erwerbshandlung voraussetze, aber ein solcher privatrechtlicher Erwerb der betreffenden Wegelast gerade zu unmöglich sei, wenn es sich bei derselben um eine res extra commercium handele,

und

2., weil eine solche Belastung jedenfalls untergegangen sein würde, nachdem bei der am 16. Juni 1866 auf ihn erfolgten Lassung des betreffenden Grundstücks unbestrittenermaßen eine Angabe in Betreff jener Last nicht erfolgt, derselben auch in der Beschreibung keine Erwähnung geschehen sei.

Allein

ad 1, widerlegt sich dieser erste Theil der Beschwerde schon aus der allgemeinen Erwägung, daß die unvordenkliche Zeit recht eigentlich das Surrogat der Ersitzung bei solchen Rechten ist, auf welche nach ihrer wenigstens theilweise publicistischen Natur und

Entstehungsart die Ersitzung selbst nicht anwendbar ist, und daß im Speciellen ihre Wirkung als Entstehungsart öffentlicher Wege in den Rechtsquellen nicht nur anerkannt, sondern auch in der

l. 3 pr. de locis et itiner. publ. 43, 7. „Viae vicinales, quae ex agris privatorum collatis factae sunt, quarum memoria non exstat, publicarum viarum numero sunt",

ausdrücklich ausgesprochen ist, daß auch die auf Privatboden ursprünglich angelegten Wege publicae seien und die rechtliche Natur öffentlicher Straßen angenommen haben, wenn sie seit unvordenklicher Zeit d. h. über Menschengedenken hinaus als öffentliche Wege in Gebrauch gestanden haben.

v. Savigny, System Bd. IV S. 484 ff. bes. 486.

Es kann daher den Kläger in keiner Weise beschweren, wenn dem Beklagten der Beweis einer derartigen Uebung seit unvordenklicher Zeit freigelassen ist. Sollte aber in dem vom Untergerichte dem Beklagten auferlegten Beweise seiner Fassung nach etwa ein Mehreres gefordert sein, was jedoch kaum angenommen werden kann, so würde hieraus höchstens dem Beklagten, niemals aber dem Kläger eine Beschwerde erwachsen sein.

ad. 2. Zweifelhafter ist allerdings der zweite Theil der Beschwerde, mit welcher der Kläger auf Grund des unbestrittenen Umstandes, daß in der Beschreibung des Immobile bei der letzten Abkündigung weder dieser öffentlichen Wegelast Erwähnung geschehen, noch von Seiten des Staats dieserhalb eine Angabe gemacht sei, den Verlust oder Untergang dieser Last nach den Bestimmungen der Erbe- und Handfesten-Ordnung geltend zu machen sucht.

Wenn in dieser Beziehung der Kläger namentlich hervorhebt, daß der Staat hinsichtlich seiner privatrechtlichen Beziehungen den Vorschriften der Erbe- und Handfesten-Ordnung gegenüber nicht günstiger als jeder Privatmann gestellt werden dürfe, so ist demselben ganz unbedenklich beizutreten. Aber eine solche Betrachtungsweise kann nur dann von Einfluß sein, wenn, wie Kläger allerdings annimmt und mit ihm das von ihm erwähnte Urtheil des Untergerichts in Sachen Fritz Wwe. ca. Bauerschaft Rockwinkel vom 13. März 1866 voraussetzt, nur dem Staate das Privateigenthum an den öffentlichen Wegen zustehen sollte oder eine

derartige öffentliche Wegelast als eine privatrechtliche Berechtigung des Staates anzusehen wäre. Dem ist aber entschieden nicht so. Schon nach Römischen Recht entzog der öffentliche Gebrauch die loci publici und namentlich die viae publicae keineswegs jedem privatrechtlichen Rechtsverkehre.

l. 14. §. 2 D. de servit. 8, 1.
l. 2. §. 17. D. ne quid in loco publ. 43, 8.
l. 1. D. de loco publ. fruendo 43, 9.

Auch hat das Ober-Appellations-Gericht in der bereits erwähnten Sache Bauerschaft Rockwinkel ca. Fritze Wwe., Wegegerechtigkeit betreffend, durch Urtheil vom 29. December 1864 anerkannt, daß nach heutigem Rechte der Grund und Boden öffentlicher Wege sich im Privateigenthum befinden könne, derartige Wegelasten dann aber nicht unter den von Servituten geltenden Grundsätzen ständen.

Der publicus usus bei den öffentlichen Wegen entzieht vielmehr die von ihm betroffene Sache nur so weit dem Privatverkehre und macht dieselbe soweit zu einer respublica, als eben der öffentliche Gebrauch es nothwendig bedingt; und wenn es sich dadurch nur zu einer servitutähnlichen Belastung des Grundeigenthums gestaltet, so ist doch eine Anwendung der bei servitutischen Eigenthumsbeschränkungen vorkommenden Grundsätze bereits deshalb ausgeschlossen, weil es überall an einem Subjecte fehlt, welchem die Berechtigung aus dem publicus usus beigelegt werden könnte.

Der publicus usus oder der Inbegriff derjenigen Beschränkungen, denen das Eigenthum durch den öffentlichen Gebrauch unterworfen wird, ist vielmehr an sich überhaupt kein Privatrecht, wenngleich seine Ausübung zur Entstehung von Privatberechtigungen Veranlassung werden kann und demselben ein Rechtsschutz durch verschiedene Interdicte gewährt wird. Ein Privatrecht ist der öffentliche Gebrauch nicht, weil es bei demselben an dem nothwendigen Erfordernisse eines jeden Privatrechts, der Beziehung auf ein bestimmtes berechtigtes Subject und der Ausschließung anderer Privatrechtssubjecte, fehlt. Als Subject des allgemeinen Gebrauchs könnte zunächst nur das Publikum, als die Gesammtheit der den usus publicus ausübenden Personen, angesehen werden; diesem Begriffe fehlt aber überhaupt die Eigenschaft einer privatrechtlich rechtsfähigen Person. Der Einzelne, welcher die öffentliche Nutzung

übt, hat rechtlich keine persönliche Berechtigung auf die Nutzung, und der Staat, an welchen zuletzt gedacht werden könnte, tritt zwar zu den dem öffentlichen Gebrauche anheim gegebenen Sachen in ein bestimmtes Herrschaftsverhältniß, aber nicht etwa in seiner Eigenschaft als Inhaber oder Vertreter von Privatrechten, sondern kraft seines Hoheitsrechts, nach welchem ihm die Aufrechthaltung der öffentlichen Ordnung obliegt, zu welcher auch der Verkehr auf und mit den dem öffentlichen Gebrauche überlassenen Sachen zu rechnen ist.

Diese Verbindung des Staats mit den öffentlichen Straßen ruht also durchaus außerhalb der Kreise des Privatrechts, wenngleich sie, wie ja gerade der vorliegende Fall zeigt, die Veranlassung zu Privatstreitigkeiten und Privatverhältnissen sein kann. Aber dies ist nichts diesem Verhältnisse eigenthümliches, sondern kann bei der Ausübung eines jeden Hoheitsrechtes ebenso vorkommen.

Dieser polizeiliche Character des usus publicus an den öffentlichen Wegen zeigt sich dann auch in der Art seiner Beendigung, indem die Eigenschaft einer Sache als einer via publica nur durch Anordnung der zuständigen Behörde wieder beseitigt werden kann und selbst langjähriger Nichtgebrauch hierzu nicht im Stande ist,

l. 2. D. de via publica 43. 11 „Viam publicam populus non utendo amittere non potest“.

während allerdings unvordenkliche Zeit ihrer besonderen Natur nach eine solche Anordnung ersetzen könnte.

Hieraus folgt die Unanwendbarkeit solcher Vorschriften, welche wie diejenigen der Erbe- und Handfesten-Ordnung wesentlich zur Regelung der privatrechtlichen Rechtsverhältnisse in Betreff der Grundstücke bestimmt sind.

Die Lassung begründet zwar nach §. 13 der Erbe- und Handfesten-Ordnung unbedingtes Eigenthum für den Erwerber, aber dies ist an sich nur von den privatrechtlichen Ansprüchen dritter Personen zu verstehen und darf nicht auf solche Grundstücke bezogen werden, welche nach allgemeiner Rechtsvorschrift dem Privateigenthum ganz entzogen oder an denen ein solches nur unter Beschränkungen möglich ist.

Wenn ferner in §. 28 sub d der Erbe- und Handfesten-Ordnung bestimmt wird, daß die Beschreibung des Grundstücks

die auf demselben ruhenden Servituten und Reallasten anzugeben habe, und wenn nach §. 17 und 31 durch die der Lassung vorhergehende Abkündigung alle Betheiligten und alle diejenigen, welche durch die Veräußerung gefährdet werden, zur Angabe ihrer Rechte aufgefordert werden, widrigenfalls (§. 32 b) auf dem abgekündigten Grundstücke haftende Servituten und dingliche Lasten in Folge der Nichtangabe untergehen, so trifft dies alles auf ein Rechtsverhältniß wie dasjenige einer öffentlichen Wegelast nicht zu, welches nach obigem als eine Privatberechtigung, als ein mit einem bestimmten Privatrechtssubjecte verbundenes Recht nicht angesehen werden kann, wie denn auch bereits bemerkt ist, daß dieselbe schon nach Römischem Recht den für ähnliche Privatrechtsverhältnisse gegebenen Aufhebungsarten nicht unterlag.

Dagegen läßt sich nicht aufführen, daß in der Erbe- und Handfesten-Ordnung gerade im §. 33 sub c und d mancherlei Rechtsverhältnisse, welche ebenso wie die jetzt in Frage befangene Wegelast eine Art publicistischen Characters tragen, ausdrücklich dem Rechtsnachtheile einer versäumten Angabe entzogen sind; denn wollte man daraus schließen, daß die Erbe- und Handfesten-Ordnung über die privatrechtlichen Rechtsverhältnisse hinaus auch auf die publicistischen Verhältnisse des Grundeigenthums im allgemeinen auszudehnen sei, so würde dies eine der sonst in diesem Gesetze vorkommenden, allein auf die privatrechtlichen Verhältnisse zu beziehenden Ausdrucksweise nicht entsprechende Auslegung sein, welche um so unzulässiger ist, je näher bei den Ausnahmen sub c und d des §. 33 die Annahme liegt, daß dieselben mehr ihren Grund in dem Streben haben, etwaige Zweifel und Unsicherheiten zu beseitigen als in der Absicht, auf diese Weise den Wirkungskreis der Erbe- und Handfesten-Ordnung über deren aus dem übrigen Inhalt derselben ersichtlichen Grenzen auszudehnen. Und wenn der Staat vielleicht in vielen früheren Fällen solche öffentliche Wegelasten durch seine Vertreter mittelst Angabe in dem Abkündigungsverfahren zur Geltung gebracht hat, so ist hieraus ebensowenig ein dem Kläger günstiger Schluß zu ziehen. Denn dem Staate muß aus seiner Hoheit über die res publicae sowohl das Recht als die Pflicht zugeschrieben werden, eine solche res publica dem gemeinen Gebrauche ungeschmälert zu erhalten, und daraus folgt dessen Be-

rechtigung zu einer derartigen Angabe, wenn er eine solche nach der Sachlage für angemessen findet. Nicht aber ergiebt sich aus dieser Berechtigung oder jener Pflicht, daß eine Unterlassung solcher Angabe eben dieselben privatrechtlichen Folgen haben müsse, welche die verabsäumte Angabe einer privatrechtlichen Servitut oder Reallast nach sich zieht.

Daß aus dem Gesetze vom 10. Juni 1876 (§. 33 A. der Redaction der Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1876) kein Argument für den Kläger entnommen werden kann, ist mit Recht bereits im ersten Erkenntnisse angeführt, da aus den Mittheilungen des Senats an die Bürgerschaft vom 5. November 1875 sich deutlich ergiebt, daß die neue Bestimmung unter ausdrücklicher Mißbilligung der jetzt vom Kläger vertheidigten Rechtsansicht auch für den bereits vorhandenen Rechtszustand nur deshalb vorgeschlagen wurde, um die betreffenden Rechtsverhältnisse gegen derartige Zweifel festzustellen.

Ebensowenig darf endlich Kläger sich auf den Deputationsbericht von 1858 zum §. 36 (jetzt §. 33) der Erbe- und Handfesten-Ordnung (S. 198) berufen. Wenn dort gesagt wird, es sei in Berathung gekommen, ob nicht zu Gunsten des Staates wegen aller gegen öffentliche Straßen und Plätze in Anspruch genommenen Berechtigungen in allen Fällen im öffentlichen Interesse zur Herbeiführung der Präclusion eine besondere Aufforderung vorzuschreiben sei, man dies aber unterlassen habe, weil kein Grund zu einer solchen Bevorzugung des Staates vorhanden sei, so ist zweifellos mit dem Untergerichte davon auszugehen, daß bei jenen Erwägunen es sich nur um privatrechtliche Berechtigungen dinglicher Natur an öffentlichen Straßen oder Plätzen gehandelt habe, welche in der Beschreibung für das abgekündigte Immobile beansprucht werden und welche als servitutische Belastungen auch den öffentlichen Straßen gegenüber rechtlich sehr wohl zulässig sind. Es ist deshalb auch ebenso unbedenklich anzuerkennen, daß da, wo dem Staate gegen ein abgekündigtes Privat-Grundstück eine privatrechtliche Berechtigung zusteht, ihm ebensowenig eine Bevorzugung zukommt, vielmehr bei versäumter Angabe ein Verlust des Rechts eintritt. Allein um eine solche privatrechtliche Berechtigung des Staates handelt es sich nach der früheren Ausführung bei der öffentlichen

Wegelast nicht, und deshalb sind alle Ausführungen aus jener Bemerkung des Deputationsberichtes gegenstandslos und hinfällig.

Bedurfte vielmehr die auf dem abgekündigten Grundstücke des Klägers ruhende Last eines öffentlichen Weges wegen ihres publicistischen, einer privatrechtlichen Berechtigung entbehrenden Characters einer Anmeldung zu ihrer Erhaltung überhaupt nicht, so kann auch von einem Verluste derselben durch die Verabsäumung der Angabe nicht die Rede sein, und kommt es auch auf die Beantwortung der Frage nicht an, ob die in Frage stehende Wegelast überhaupt oder unter welchen Umständen unter die Ausnahme von der Angabepflicht fällt, welche im §. 33 der Erbe- und Handfesten-Ordnung sub d aufgestellt ist.

61.

Ferdinand Conrad Christoph Heinrich Heitmann zu Bremen, Kläger, wider den Bremischen Staat, Beklagten, Schadensersatz betreffend.

Urtheil vom 20. Juni 1878.

Der Kläger, welcher mit seiner Klage abgewiesen wird, haftet dem Beklagten hinsichtlich des aus dem Rechtsstreit entstandenen Schadens für omnis culpa; jedoch wird durch einen an sich und unter den obwaltenden Umständen entschuldbaren Irrthum ein ihm zur Last fallendes Verschulden beseitigt.

Bei Prüfung der Frage, ob ein Verschulden des Klägers vorliege, ist nicht allein der schließliche Ausgang des Rechtsstreits und eine etwaige völlige Ergebnißlosigkeit des versuchten Beweises, sondern die ganze Sachlage, welche beim Beginn des Rechtsstreits vorhanden war, zu berücksichtigen.

Der Staat kann kraft seines Hoheitsrechts über die res publicae die letzteren, auch wenn sie nicht in seinem Eigenthume stehen, den privatrechtlichen Ansprüchen dritter Personen gegenüber in Schutz nehmen.

Bedeutung der Stipulation „Zahlung bei Lieferung und nach gesicherter Lassung."

Nach Lieferung des verkauften Grundstücks und mit dem Hinzutritt einer gesicherten Lassung beginnt die gesetzliche Pflicht des Käufers, den Kaufpreis zu verzinsen.

Das Recht des Käufers, wegen drohender Eviction den Kaufpreis ganz oder theilweise zu retiniren, vermag auf den Lauf der gesetzlich zu zahlenden Zinsen, wenn derselbe einmal begonnen hat, keinen Einfluß zu üben.

Eine bei Abkündigung eines Grundstücks gemachte Angabe, in welcher das Eigenthum an dem abgekündigten Grundstücke in Anspruch genommen wird, ist rechtlich unwirksam, wenn sie nicht mit einem Widerspruch gegen die Lassung verbunden wird.

Aus den Gründen:

Daß einer Partei, und namentlich einem Beklagten, wegen solcher Nachtheile, welche ihr in ihren Rechtsverhältnissen über die eigentlichen zum officium judicis gehörenden Proceßschäden hinaus nur deshalb erwachsen sind, weil der Gegner einen unberechtigten Proceß wider sie erhoben hat, unter Umständen ein klagbarer Schadensanspruch erwachsen kann, spricht die l. 33 D. de dolo malo 4. 3. mit genügender Bestimmtheit aus; nur die Frage kann zu Zweifeln Veranlassung bieten, unter welchen Voraussetzungen eine derartige Ersatzpflicht des Klägers anzunehmen sei.

Der jetzige Kläger meint, daß hierzu allein die Thatsache genügen müsse, daß der frühere Kläger mit der erhobenen Klage und dem gegen die beabsichtigte Veräußerung der Parcele 18. eingelegten Widerspruch zurückgewiesen sei, und das Untergericht ist demselben in soweit beigetreten, als es auf den vom damaligen Kläger erhobenen Widerspruch und den daran sich schließenden Proceß die Grundsätze des Arrestprocesses zur Anwendung bringen zu müssen glaubte, in welchem sowohl gemeinrechtlich als nach den Bestimmungen der Bremischen Gerichts-Ordnung die arrestatorische Verfügung stets nur auf Gefahr und Kosten des Impetranten erkannt und letzerer daher stets ohne weiteres Erforderniß zum Ersatz allen Schadens verpflichtet werde, welcher dem Impetraten aus

dem Arreste entstehe, falls dieser als ohne Recht verfügt wieder aufgehoben werde.

Allein die Anwendung dieser Grundsätze konnte nicht für zutreffend angesehen werden, denn die bei derartigen Rechtsmitteln des summarischen Processes im Gegensatze zum ordentlichen Processe eintretende besondere Schadensersatzpflicht — welche übrigens keineswegs allgemein anerkannt ist — rechtfertigt sich allein daraus, daß solche Verfügungen wegen ihres auf einseitigen Angaben und Beweisen beruhenden, trotzdem aber sofort thatsächlich und gewaltsam in fremdes Rechtsgebiet eingreifenden Characters einen für die betroffenen Personen auch besonders gefährlichen und nachtheiligen Erfolg haben können, welcher denjenigen, die sich ihrer bedienen, ohne schuldhafte Sorglosigkeit nicht verborgen bleiben konnte.

Mit einem solchem Rechtsmittel kann aber der hier vorgenommene Widerspruch des Beklagten gegen die vom Kläger beabsichtigte Lassung, gestützt auf eigenes Eigenthum des Widersprechenden oder Publicität des zu lassenden Grundstückes und den §. 43 der Erbe- und Handfesten-Ordnung, in keiner Weise verglichen werden. Schon die Einlegung desselben geschieht durch den Widersprechenden keineswegs allein aus seinem freien Entschlusse, sondern gezwungen durch die in der Abkündigung liegende Provocation und zur Abwehr des durch die sonst eintretende Lassung nothwendig herbeigeführten Rechtsverlustes. Dieser Widerspruch führt zunächst nur zu einem binnen ganz kurzer Frist stattfindenden Güteversuche und in dessen Entstehung zu einem binnen 14 Tagen vom Widersprechenden zu erhebenden Eigenthumsprocesse.

Wenn zur Rechtfertigung einer Anwendung der über arrestatorische Verfügungen geltenden Grundsätze darauf Bezug genommen wird, daß der Widerspruch wegen Eigenthums, wie der Arrest, dem Gegner die freie Verfügung über die Sache, die Veräußerung durch die Lassung, unmöglich mache, so ist dabei völlig übersehen, daß die ganz gleiche Wirkung jeder ordentliche Eigenthumsproceß hat, welcher das Streitobject litigiös und dadurch veräußerungsunfähig macht. Der aus der Erbe- und Handfesten-Ordnung sich ergebende Grundsatz, daß eine Lassung, also die Uebertragung des Eigenthums auf den Erwerber, vor Beseitigung eines solchen Widerspruchs gegen die Veräußerung nicht erfolgen dürfe, ist nur die dem Bremischen

Partikularrechte entsprechende Einkleidung der gemeinrechtlichen Bestimmung über die Unveräußerlichkeit der durch den Proceßbeginn litigiös gewordenen Immobilien.

Die absoluten, jedes frühere Eigenthum beseitigenden Folgen der Lassung machen zur Ausgleichung sonst zu befürchtender Härten die Abkündigung nothwendig, zwingen aber, da eine einfache Eigenthumsangabe — wie später auszuführen ist — eine wirkungslose Maßregel sein würde, jede Anmeldung dritten Eigenthums in die Form des Widerspruchs. Diesem aber mußte bereits die Wirkung der Suspension der Lassung beigelegt werden, weil sonst die Wirkungen der Lassung nichtsdestoweniger das angemeldete Recht durch Begründung neuen Eigenthums beseitigen müßten. Die einzige Abweichung vom gemeinen Rechte, welche also das Partikularrecht und zwar mit Nothwendigkeit aus den in ihm aufgestellten Rechtssätzen machen mußte, besteht darin, daß die Unveräußerlichkeit der Sache, welche im gemeinen Recht als Folge der Litigiösität mit der Ladung eintrat, bereits auf den Zeitpunkt des Widerspruchs gegen die Lassung gestellt wurde. Diese noch dazu der Zeit nach nur sehr geringfügige Verschiebung kann aber entfernt nicht mit einem so einschneidend und willkürlich in fremde Rechte eingreifenden Rechtsakte verglichen werden, wie ein Arrest es ist, und liegt daher bei einem solchen Widerspruche und dem darauf folgenden ordentlichen Processe kein Grund vor, die Verpflichtung zum Ersatze eines dem Beklagten, jetzigen Kläger, etwa entstandenen Schadens anders zu beurtheilen, wie bei jedem anderen in den Formen des ordentlichen Processes sich bewegenden Rechtsstreite.

Die Frage aber wieder, in wie weit die durch einen solchen Rechtsstreit der Gegenpartei selbstständig zugefügten Nachtheile zu ersetzen seien, läßt sich allein in Gemäßheit der allgemeinen Grundsätze beantworten, nach welchen im gemeinen Rechte für jeden Anspruch dieser Art, sobald er selbstständig auftritt und nicht etwa nur Ersatz solcher Schäden gefordert wird, welche aus einer widerrechtlichen Nichterfüllung eines anderen Anspruches oder der ungerechten Vorenthaltung einer Sache entstanden sein sollen, außer dem rechtsverletzenden Erfolge einer aus dem freien Willen des Thäters hervorgegangenen Handlung auch noch ein bestimmtes Maß

der Verschuldung desselben erfordert wird, wobei auch diejenigen Momente in Betracht zu ziehen sind, welche unter den obwaltenden Umständen des einzelnen Falles dem früheren Kläger zur Entschuldigung gereichen können.

Was dagegen den zu erfordernden Grad der Verschuldung anbetrifft, so giebt die bereits erwähnte l. 33 D. de dolo malo 4, 3. zweifellos einen solchen Anspruch wegen dolus; in wie weit die in ihr erwähnte actio in factum aber weitergehend vielleicht bereits die Anwendbarkeit der Grundsätze der lex Aquilia direct gestatten und also eine Haftbarkeit für omnis culpa begründen könnte, kann hier füglich dahin gestellt bleiben; denn die Anwendbarkeit jener Rechtsgrundsätze folgt bereits aus der allgemeinen Entwickelung der actio in factum ad exemplar legis Aquiliae, bei welcher es lediglich auf ein damnum injuria datum, nicht aber nothwendig darauf ankommt, daß dasselbe corpore corpori zugefügt sei, wenn es nur an einem positiven, schädigenden Thun nicht fehlt, an dessen Vorhandensein bei einer Proceßführung jedoch nicht gezweifelt werden darf.

Vrgl. §. 16. Inst. de lege Aquilia 4, 3. l. 11, 14, 22. D. de praescr. verbis 19, 5.

Wird daher auf der einen Seite ein abgewiesener Kläger hinsichtlich des aus dem Rechtsstreite entstandenen Schadens allerdings für omnis culpa verantwortlich sein, so ist auf der anderen Seite nicht weniger auf die Vorschrift der l. 40 pr. i. f. D. de heredit. pet. 5, 3 Rücksicht zu nehmen, und einem Kläger ein an sich und unter den obwaltenden Umständen entschuldbarer Irrthum zu Gute zu rechnen, welcher in ihm den Glauben an sein Recht oder ein von ihm zu vertheidigendes Interesse hervorzurufen und dadurch ein ihm zur Last fallendes Verschulden zu beseitigen im Stande ist.

Einen dolus hat nun der Beklagte dem Kläger im vorliegenden Falle nicht vorgeworfen, wohl aber bereits in der Ladung behauptet, daß dem Beklagten sogar eine lata culpa zur Last falle, indem demselben selbst bei geringfügiger Aufmerksamkeit die Unrechtmäßigkeit seiner Ansprüche nicht habe entgehen können.

Bei der Untersuchung des Verschuldens des Beklagten als früheren Klägers darf man jedoch nicht allein den schließlichen Ausgang des Rechtsstreits und den allerdings völlig ergebnißlosen

Erfolg des vom damaligen Kläger durch Zeugen versuchten Beweises in's Auge fassen, sondern man muß von der ganzen Sachlage ausgehen, welche beim Proceßbeginn vorhanden war.

Was zunächst das abgekündigte Eigenthumsrecht des jetzigen Klägers als Veräußerers der Parcele I. 8 betrifft, so ist es durchaus ungerechtfertigt, wenn der Kläger sich den Anschein giebt, als sei dasselbe durch den früheren Proceß festgestellt oder folge aus dem durch die spätere Lassung von seinem Käufer erworbenen Rechte. Vielmehr steht hinsichtlich des klägerischen Rechtes an der Parcele I. 8 überall noch gar nichts fest, dasselbe scheint sogar zur Zeit lediglich formell aus einem Verfahren der katastrirenden Beamten abgeleitet zu werden, dessen Berechtigung in keiner Weise abzusehen und dessen Wirkung durch die bei der Verification der Kataster vorgekommenen Verhandlungen ausgeschlossen ist.

Aus den Akten des geführten Processes und denjenigen des Erbe- und Handfesten-Amtes ergiebt sich mit Bestimmtheit, daß bei der im Jahre 1824 auf die Vorbesitzerin des klägerischen Vaters vorgenommenen Abkündigung und Lassung nur von einer der Hakenburg zustehenden Fischereigerechtigkeit im See, nicht aber von einem Eigenthume an demselben oder einem Theile desselben die Rede war, daß später bei Einrichtung der Abwässerung der Neustadt in den See die Wittwe Lübbing als Eigenthümerin der Hakenburg allerdings auch ein Eigenthum am See in Anspruch nahm, daß ein in dieser Beziehung entstandener Proceß indessen durch eine vom Staate gezahlte Entschädigung erledigt ward.

Wofür die Zahlung geschah, für eine Beeinträchtigung des prätendirten Eigenthums oder der Fischerei ergiebt sich freilich aus den Akten nicht, doch ist ersteres wenig wahrscheinlich; denn als später die Wittwe Lübbing im Jahre 1835 ihr Grundstück an den Vater des Klägers veräußerte und abkündigen ließ, war in der überreichten Beschreibung freilich auch der See aufgenommen; laut Registratur vom 8. April 1835 erklärte indessen der bevollmächtigte Notar der Veräußererin, daß ihm dieser Theil irrthümlich als Eigenthum der Antragstellerin aufgegeben sei und daß er denselben aus der Beschreibung und der beantragten Abkündigung zurückziehe. Dieser Erklärung ist dann auch stattgegeben, und bezieht die dem klägerischen Vater später ertheilte Lassung sich nicht mehr auf den See.

Auf dies so beschränkte Immobile willigte der neue Eigenthümer Handfesten. Erst in den Jahren 1838—40 trat die Catastrirung ein, und bei dieser schrieben die Catasterbeamten ohne eine ersichtliche Veranlassung die später streitige Seeparcele I 8 und noch einige andere Parcelen des Hakenburger Sees auf den Namen des klägerischen Vaters. Bei der Verification des Catasters protestirten jedoch alle Anwesenden und unter ihnen auch der Vertreter des Staats

[10] S. 6 und [7] act. adj. Staatsanw. ca. Heitmann.

dagegen, daß das Eigenthum am See dem Vater des Klägers zukomme, gestanden ihm vielmehr nur die Fischerei in demselben zu.

Hinsichtlich einzelner anderer Theile des Hakenburger Sees, bei welchen in Veranlassung der bei Anlage der Bremen-Oldenburger Eisenbahn vorgekommenen Expropriationen zur Sprache gebracht ward, daß sie im Cataster auf den Namen des Klägers standen und deshalb eine Rectificirung sofort nothwendig ward, erkannte Kläger im Jahre 1866 ausdrücklich an, daß ihm kein Eigenthumsrecht an denselben zustände, und willigte in die Umschreibung auf den Staat.

Trotz jenes Protestes bei der Verification hatte also eine Bemerkung in die Cataster oder eine Rectification derselben nicht stattgefunden, und so gelangten die bestrittenen Catastereintragungen in ihrer ursprünglichen Form an das Erbe- und Handfesten-Amt, bei welchem sie die Veranlassung zu der ihnen entsprechenden Aktenanlage und zu den späteren Irrungen wurden, namentlich also zu der späteren Verhandfestung und der Abkündigung auf den Käufer Peters.

Wenn daher der Staat bei dieser letzteren das Recht des Klägers an der Parcele I 8 bestritt, so standen ihm hierbei gute Gründe zur Seite. Etwas anders liegt freilich die Sache bei der Untersuchung über seine eigene Berechtigung zur Geltendmachung des Widerspruchs, welche von ihm in das eigene Eigenthum oder das ihm an dem rebus publicis zustehende Hoheitsrecht gesetzt wird.

Allein hatte der Kläger kein Eigenthumsrecht an dem See, so lag, da bei den früheren Verhandlungen auch nicht entfernt irgend die Prätension des Eigenthums einer dritten Privatperson hervorgetreten war, nach der Natur und der Benutzung des betr.

Immobile eigentlich nur die Alternative vor, daß der See entweder fiskalisches Eigenthum oder eine res publica sei. Der Hakenburger See diente der Neustadt und bereits viel früher den umliegenden Feldmarken als Wasserlöse und erforderte als solche schon eine Oberaufsicht des Staats. An anderen Theilen hatte der jetzige Kläger bereits das Eigenthum des Staats anerkannt, und es lag doch eigentlich nach der Natur des Objects die Annahme ferne, daß die rechtlichen Verhältnisse eines einzelnen Theiles desselben von denen der übrigen verschieden sein sollten. Auch kann die Berechtigung des Staates, kraft seines Hoheitsrechts über die res publicae, auch wenn sie nicht geradezu in seinem Eigenthum stehen sollten, sich derselben den privatrechtlichen Ansprüchen dritter Personen gegenüber anzunehmen, mit Fug nicht wohl bestritten werden.

Möglicher Weise kann der Vorwurf freilich dem Staate gemacht werden, daß er diesen allgemeinen Erwägungen zuviel Spielraum bei seiner Handlungsweise gewährt und nicht sorgfältig genug geprüft hat, was er dann später bei einem Bestreiten seiner Behauptungen an Beweisen für dieselben beizubringen haben werde. Allein bei der ganzen Sachlage, bei welcher die Annahme wenigstens nicht ausgeschlossen war, daß die materielle Sachlage zu einer dem damaligen Kläger günstigeren Entscheidung führen könnte, muß das Verhalten des Staats für im höchsten Grade entschuldbar angesehen werden und kann ihm wenigstens keine vertretbare Schuld beigemessen werden, wenn er unter solchen Umständen sein vermeintliches Recht nicht unvertheidigt ließ.

Aus diesem thatsächlichen Material geht also keine culpa des Beklagten hervor, welche ihn für einen schadenbringenden Erfolg seines Widerspruchs ersatzpflichtig erscheinen ließe. Besondere Momente außerdem, aus welchen eine solche culpa zu entnehmen wäre, hat der Kläger nicht vorzubringen vermocht. Die von ihm aufgestellte allgemeine Behauptung einer dem Staate zur Last fallenden culpa ist in solcher jeder thatsächlichen Substantiirung entbehrenden Abstraktion ungeeignet, um Gelegenheit zu einer Beweisauflage zu geben, und es würde daher schon aus diesem Grunde die angestellte Klage abzuweisen sein, ohne daß es weiter auf die zweifelhafte Untersuchung ankäme, in wie weit ein Staat

überhaupt für culpa verantwortlich gemacht werden dürfte oder für diejenige seiner Vertreter zu haften hätte.

Diese Zurückweisung trifft aber nicht nur den bei Gelegenheit der zweiten Abkündigung geltend gemachten Widerspruch und den auf denselben folgenden Proceß, sondern auch die bei der ersten Abkündigung gemachten Angaben, und zwar hier um so mehr, als hinsichtlich der zweiten Angabe über eine auf dem ganzen Grundstücke haftende Servitut vom jetzigen Kläger sogar deren Berechtigung zugegeben werden muß.

Fehlt es somit der angestellten Klage an der nothwendigen Voraussetzung einer verpflichtenden Verschuldung, so ist aber auch dem Obergerichte, und zwar im wesentlichen aus den von demselben hervorgehobenen Gründen, darin beizutreten, daß die Klage ferner wegen des Mangels eines rechtswidrigen Erfolges für völlig haltlos erachtet werden muß.

Kläger findet den ihm rechtswidrig zugefügten Schaden, dessen Ersatz er fordert, darin, daß ihm durch die Handlungsweise des Beklagten für längere Zeit die zinsliche Nutzung der vom Käufer Peters zu zahlenden Kaufgelder entzogen sei, indem ihm die Einziehung der Kaufgelder unmöglich gemacht worden sei und Peters bei der später erfolgten Zahlung zu einer Zinsvergütung für die Zeit, während welcher er in dem Besitze des Kaufgegenstandes sich befunden habe, sich nicht habe verstehen wollen.

Was nun die factischen Verhältnisse des Klägers zu seinem Käufer betrifft, so steht mit Ausnahme der aus dem anerkannten Kaufvertrage ([5] der Untergerichts-Akten) zu entnehmenden Thatsachen nichts fest, allein der Kläger kann sich nicht beschwert fühlen, wenn in dieser Beziehung zunächst von den durch ihn selbst aufgestellten Behauptungen ausgegangen wird, und diese ergeben in Beihalt der sonst aus den Akten zu entnehmenden Thatsachen genügend, daß das Verhalten des Beklagten nicht der Grund eines vom Kläger etwa erlittenen Zinsverlustes gewesen ist.

Zunächst kommt es hierbei auf die Bedeutung der Stipulation an, welche beide Theile, der jetzige Kläger als Verkäufer und sein Käufer Peters, über die Berichtigung des Kaufpreises getroffen haben.

Im Kaufvertrage heißt es:

art. 4. Die Berichtigung des Kaufgeldes geschieht wie folgt:

die Zahlung erfolgt Michaelis Fahrnißzeit bei Lieferung und nach gesicherter Lassung.

art. 5. Die Lieferung erfolgt Michaelis (1872). — — —.

Der Inhalt dieser Bestimmung ist nicht zweifelsfrei. Denn da eine Lassung vor ihrer wirklichen Vornahme nie im strengen Sinne für gesichert angesehen werden kann, würde die getroffene Clausel nichts anderes enthalten als „Zahlung bei Lassung." Indessen schon der Zusatz bei „gesicherter" Lassung giebt an die Hand, daß jene Sicherung nicht in diesem engen Sinne zu verstehen sei, und es entspricht denn auch einem anerkannten rechtlichen Gebrauche bei derartigen Rechtsgeschäften, unter dem Zeitpunkte einer „gesicherten Lassung" denjenigen Zeitpunkt zu verstehen, zu welchem nach dem gewöhnlichen und ordnungsmäßigen Verlaufe der Dinge die Lassung als gesichert betrachtet werden darf, d. h. also den Zeitpunkt des Ablaufs der Abkündigungsfrist, ohne daß Angaben vorliegen, welche das Immobile selbst berühren und vom Käufer nicht übernommen zu werden brauchen.

Durch Verbindung des festen Lieferungstages mit dem nicht nur der Zeit, sondern auch dem Eintritte nach unbestimmten Tage des angabelosen Ablaufs der Abkündigungsfrist enthält eine solche Verabredung, da die Parteien sich bewußt sein müssen und meist auch sind, daß der Ablauf der Abkündigungsfrist erst nach dem verabredeten Lieferungstage eintreten könne, eine bedingte und zeitweise Creditirung des Kaufgeldes.

Ist also zu einer erfolgten Tradition später eine derartige gesicherte Lassung hinzugetreten, so wird nun der Kaufpreis fällig, und mit dieser Voraussetzung beginnt die gesetzliche Verzinsungspflicht des Käufers.

l. 13. §. 20 u. 21 D. de act. emti et vend. 19, 1.
l. 5 C. de act. emti et vend. 4, 49.
Glück, Erläuterungen pp. Bd. 16. S. 135 a. 138.

Im vorliegenden Falle ist nun der Sachverhalt der, daß am verabredeten Lieferungstage Michaelisfahrnißzeit 1872 auch wirklich geliefert sein soll, eine Behauptung, welche indessen, wenn es darauf ankommen sollte, noch zu beweisen wäre. Am 2. April 1873

[2] S. 2 der Unterger.-Akt.

war die Abkündigungsfrist abgelaufen und lag, so weit es hier in

Betracht kommt, nur eine Angabe des Staats vor, mit welcher dieser das Eigenthum an der Seeparcele I. 8 in Anspruch nahm, ohne mit derselben jedoch einen Widerspruch gegen die Veräußerung verbunden zu haben.

Diese Angabe war indessen, wie mit den beiden Vorinstanzen anzunehmen, eine durchaus rechtlich unwirksame. Denn nur die Angaben von Servituten und Reallasten, welche mit dem Eigenthume nicht in directem Widerspruche stehen, sind nach §. 51 der Erbe- und Handfesten-Ordnung zur Conservirung der angegebenen Rechte geeignet. Bei einer einfachen Eigenthumsangabe ist eine solche Erhaltung des Rechts wegen der absolutes Eigenthum für den Erwerber begründenden Eigenschaft der Lassung jedoch nicht möglich. Die spätere Lassung vernichtet vielmehr die Angabe ohne weiteres, wenn sie nicht mit einem Widerspruch gegen die Lassung verbunden wird. Ein solche Angabe kann daher keinen Grund abgeben, die Annahme der Lassung zu weigern, sie macht die Lassung nicht unsicher.

Jedenfalls war also im April 1873 die vom Kläger seinem Käufer anzubietende Lassung soweit nöthig rein und sicher und damit der Augenblick gekommen, mit welchem nach dem Kaufvertrage die Fälligkeit der Kaufgelder eintrat und gesetzlich die Zinspflicht des besitzenden Käufers begann.

Wenn nun der Kläger nicht sofort auf Zahlung Klage erhob, sondern auf Annahme der Lassung klagte, so kann hierauf irgend welches Gewicht zwar nicht gelegt werden, denn durch die so eingetretene Zögerung und die daraus folgende Nothwendigkeit einer neuen Abkündigung wurde freilich dem Beklagten die Gelegenheit geboten, einen wirklichen Widerspruch zu erheben. Allein thatsächlich würde dasselbe bei einer Klage auf Zahlung der Kaufgelder ebenso eingetreten sein, und rechtlich kann durchaus keine Verpflichtung des Klägers anerkannt werden, mit möglichster Beschleunigung seine Rechte gegen den Käufer zu verfolgen, um nicht formelle Vortheile einzubüßen, welche die Sachlage ihm bot.

Es ist diese Möglichkeit einer sofortigen klageweisen Einforderung der Kaufgelder aber auch gar nicht von Bedeutung, weil der Kläger den von ihm geltend gemachten Schaden eben nur in eine durch die beklagtische Handlungsweise ihm verursachte

Unmöglichkeit der Zinsgewinnung von jenen Geldern setzt. Da nun aber nach dem bisherigen die Verzinsungspflicht des Käufers bereits mit dem April 1873 begann, war es Sache des Klägers darzulegen, in welcher Weise diese Zinspflicht des Käufers in Folge der Handlungsweise des Beklagten wieder beseitigt oder ihm die Beitreibung dieser Zinsen unmöglich gemacht sei.

Hierzu ist indessen zunächst die in Folge Restitution erst im November 1873 geschehene Angabe des Staats, betreffend ein über das verkaufte Immobile ihm zustehendes Wasserleitungsrecht, nicht geeignet, und zwar deshalb nicht, weil der Kläger selbst die Behauptung aufgestellt hat, seinem Käufer sei diese Servitut beim Abschlusse des Kaufgeschäfts bekannt gewesen. In diesem Falle konnte der Käufer vom Kläger gar keine reine Lassung verlangen, sondern mußte das Grundstück und die Lassung in diesem beschwerten Zustande annehmen. Diese Angabe hat daher durchaus keinen Anspruch darauf, an den Verpflichtungen des Käufers hinsichtlich der Zahlung oder Verzinsung der Kaufgelder irgend etwas zu ändern.

Anders liegt die Sache freilich mit dem bei der zweiten Abkündigung vom Staate wegen eigenen Eigenthums oder Publicität der Parcele I 8 erhobenen Widerspruch. Dieser machte zweifellos die Lassung zu einer unsicheren und konnte deshalb einer Forderung des Kaufpreises gegenüber nicht wirkungslos sein.

Nun hatte jedoch bereits längere Monate zuvor der Kläger seinem Käufer eine sichere und, soweit nothwendig, reine Lassung sogar im Wege der Klage angeboten und nach den eigenen, hier entscheidenden Behauptungen des Klägers muß angenommen werden, daß er damals zur Erfüllung dieses Angebots in jeder Weise im Stande war. Der Käufer weigerte jedoch die Annahme aus, wie Kläger auch jetzt noch angiebt, nichtigen Gründen, ward also dem jetzigen Kläger gegenüber in Empfangsverzug gesetzt.

Wenn nun durch diesen Verzug bewirkt ward, daß das Jahr, binnen dessen, angerechnet von der ersten Publikation der Abkündigung, die Lassung erfolgen muß,

§. 20 der Erbe- und Handfesten-Ordnung

unbenutzt verfloß und eine neue Abkündigung nothwendig ward, welche dann dem Staate die Gelegenheit gab, sein Eigenthumsrecht nochmals

nicht nur anzugeben, sondern auch damit einen wirksamen Widerspruch gegen die Lassung zu verbinden, so ist dies lediglich eine Folge des Empfangsverzugs des Käufers, und ein Schuldner kann verlangen, daß die allein durch die Säumniß des Gläubigers bewirkte Verzögerung ihm nicht zum Schaden gereiche.

Deshalb ist allerdings richtig, daß durch den späteren Widerspruch des Beklagten die Lassung wiederum unsicher geworden war, niemals aber berechtigt dies den Käufer Peters, wenn er nach Beseitigung dieses Widerspruchs vom jetzigen Kläger auf Zahlung der Kaufgelder nebst den gesetzlichen Zinsen seit deren durch den Ablauf der ersten Abkündigungsfrist eingetretenen Entstehung verklagt worden wäre, sich auf seine eigene Säumniß zu berufen und zu behaupten, es sei die ihm vertragsmäßig für die zwischen Lieferung und Sicherheit der Lassung gewährte Creditirung der Kaufgelder wieder in Wirksamkeit getreten.

Zwar befreit der Verzug des Gläubigers den Schuldner nicht von seiner Verbindlichkeit, und deshalb wird anerkannt werden müssen, daß auch ein säumiger Käufer, wenn ihm wie hier durch den Widerspruch des Staates eine theilweise Eviktion droht, immer noch zu den ihm zustehenden Sicherungsmaßregeln befugt bleibt, also das Kaufgeld ganz oder theilweise retiniren darf. Allein diese aus dem allgemeinen Rechte entspringende Befugniß ist wesentlich von einer dem Käufer vertragsmäßig gewährten Creditirung der Kaufgelder verschieden, indem sie namentlich auf den Lauf der hier in Betracht kommenden gesetzlichen Zinsen, sobald derselbe einmal begonnen hat, keinen Einfluß zu üben vermag.

Glück, Erläuterungen pp. Bd. 16 S. 139 ff.

Denn die Verpflichtung zur Zahlung gesetzlicher Zinsen vom Kaufgelde beruhte allein auf dem der Billigkeit entspringenden Satze, daß der besitzende und nutzende Käufer ein Aequivalent für diese Nutzung zahlen solle, und dieser Satz wird durch die Ausübung eines Retentionsrechtes seinem Grunde nach nicht berührt. Außerdem aber kann ein Käufer sich der ihm unter Umständen lästigen Verzinsung der Kaufgelder stets durch deren Deposition entziehen.

Die Lage des Klägers war also rechtlich in dem Augenblicke als der vom beklagtischen Staate erhobene Widerspruch rechtskräftig verworfen war, die, daß ihm gegen den Käufer Peters ein

Anspruch auf Zahlung der Kaufgelder nebst 5 pCt. gesetzlicher Zinsen seit dem Ablaufe der ersten Abkündigungsfrist zustand. Mehr fordert der Kläger auch in letzterer Beziehung vom Beklagten nicht. Sollte er diesen Zinsanspruch aber später dadurch verloren haben, daß er vorbehaltlos den Kaufpreis ohne Zinsen vom Käufer annahm, so ist dieser Verlust allein hieraus abzuleiten und nur seiner, des Klägers, eigener Handlungsweise zuzuschreiben, nicht aber kann er in irgend einer Weise für berechtigt gehalten werden, diesen ihn schädigenden Erfolg auf eine Handlungsweise des Beklagten als dessen Ursache zurückzuführen.

62.

Christian Frese zu Bremen, jetzt dessen Konkurskuratoren, Kläger und Interventen, wider Carl Ballerstedt zu Bremen, Beklagten und Interventen, sowie C. H. Gildehaus zu Bremen Konkurskurator, Intervenienten, Forderung betreffend.

Urtheil vom 20. Juni 1878.

Eine wahre Cession der Forderung liegt nicht vor und der Ausdruck „Cession" ist nur simulationsweise gebraucht, wenn nach dem zwischen den Contrahenten ausgesprochenen Willen lediglich ein Einkassirungsmandat beabsichtigt ist.

In dieser Sache bestätigte das Ober-Appellations-Gericht das Urtheil des Obergerichts und eignete sich dessen Entscheidungsgründe an. Aus den letzteren ist hervorzuheben:

Von Frese als Cessionar von Gildehaus wurde in eignem Namen eine Klage gegen Ballerstedt auf Zahlung des Preises für gelieferte Baumaterialien angestellt. Der Cedent Gildehaus war in Konkurs gerathen. Zu einer Zeit, wo bereits das erste Verfahren in dem Processe Frese ca. Ballerstedt durch ein rechtskräftiges, einer anticipirten Beweisantretung stattgebendes Urtheil beendet war, brach auch über das Vermögen Frese's der Konkurs aus.

Darauf intervenirte der Konkurskurator von Gildehaus. Er verlangte, als Kläger in dem Processe gegen Ballerstedt aufgeführt zu werden, indem er behauptete, daß die Klagforderung nicht der Frese'schen, sondern der intervenientischen Konkursmasse zustehe. Trotz der gebrauchten Form einer Cession der Forderung von Gildehaus an Frese sei doch in Wirklichkeit der letztere nur mit der Einkassirung beauftragt gewesen. Dieser Auftrag habe sein Ende erreicht

a., durch den Konkurs des Frese,

b., durch den, von den Frese'schen Konkurskuratoren bestrittenen Umstand, daß Frese geisteskrank geworden sei,

c., zufolge des in der Ladung des Intervenienten [10] enthaltenen Widerrufs.

Die klägerischen Konkurskuratoren widersprachen dem Verlangen des Intervenienten. Sie beriefen sich auf die Thatsache der Cession, wofür sie die Urkunde [14] beibrachten, über deren Aechtheit der Intervenient sich nicht erklären zu können behauptete.

p. 10 Prot.

Der Beklagte dagegen erklärte, nichts gegen die Intervention einwenden zu wollen, das heißt also sich den Intervenienten als Kläger gefallen zu lassen, unter der inzwischen erfüllten Bedingung einer Cautionsleistung des Intervenienten für die Kosten einschließlich der bereits entstandenen.

In dem angefochtenen Urtheile sind die klägerischen Interventen verurtheilt, den Intervenienten als allein berechtigten Gläubiger und Kläger im Hauptprocesse anzuerkennen.

Die hiergegen gerichtete einzige Beschwerde der klägerischen Konkurskuratoren geht auf Verwerfung der Intervention.

Inhalts der Entscheidungsgründe [17] hat der vorige Richter das auf die Einräumung der Rolle des Klägers gerichtete Petitum im Sinne eines Anspruchs auf die Gläubigerschaft hinsichtlich der Forderung verstanden und angenommen, daß aus diesem Rechte die Befugniß folge, an Stelle des bisherigen Klägers den Proceß fortzuführen, und der Annahme dieses Zusammenhanges entsprechend die klägerischen Konkurskuratoren, wie angegeben, verurtheilt Diese Entscheidung ist darauf gegründet, daß zwar in dem Verhältnisse zu Ballerstedt die von Gildehaus an Frese

erfolgte Cession den letzteren zur Klage legitimirt habe, daß aber zwischen dem Cedenten und dem Cessionar nur ein Mandatsverhältniß bestanden habe, welches durch den Widerruf beendet sei. Es wird sodann aus der Natur der Cession darzulegen versucht, daß das Recht Frese's aus der Cession erloschen und somit eine Rückcession an die intervenientische Konkursmasse nicht erforderlich sei, weil ein Cedent selbst nach erfolgter Denunciation Gläubiger der Forderung bleibe, bei deren Geltendmachung er sich allerdings einer Einrede des Dolus seitens des Cessus aussetze. Dieser Auffassung kann sich das Obergericht nicht anschließen. Denn unabhängig von der über die Natur und die Wirkungen einer Cession herrschenden Meinungsverschiedenheit steht fest, daß, sobald der Cessionar den Schuldner von der Cession benachrichtigt oder gar, wie im vorliegenden Falle, mit ihm litem contestirt hat, der Cedent nicht mehr selbstklagend die cedirte Forderung geltend machen kann. Wenn daher Frese in Wahrheit Cessionar der streitigen Forderung geworden ist, so kann von einer concurrirenden Klage des intervenientischen Konkurskurators nicht die Rede sein. Dagegen ist darin dem vorigen Richter beizutreten, daß, sofern nur ein Einkassirungsmandat von Gildehaus an Frese ertheilt war, wobei der Ausdruck Cession gebraucht wurde, einem Klagrechte des Gildehaus weder von dem Schuldner noch von dem Vertreter der Rechte des Frese ein Einwand entgegengesetzt werden kann. Denn in diesem Falle ist eine wirkliche und ernstliche Cession überhaupt nicht erfolgt und die Forderung aus dem Vermögen des Gildehaus gar nicht herausgekommen.

Bei der der Intervention zu Grunde gelegten, nur dürftigen Darlegung der thatsächlichen Verhältnisse sind von dem Intervenienten zwei Gesichtspunkte nicht gehörig auseinandergehalten, nämlich

a., ob nach dem Willen der Contrahenten zwar eine wirkliche Cession an Frese geschehen sei, jedoch unter Voraussetzungen, die nachträglich weggefallen, oder

b., ob überhaupt keine wirkliche Cession erfolgt, sondern nur die Form einer solchen gebraucht sei ohne ihren wesentlichen Inhalt, somit eine simulirte Cession in Frage stehe.

Der Intervenient hat behauptet,

1., die Forderung sei unter der Aufgabe (Auflage ?) cedirt,

den Erlös an die Gläubiger des Gildehaus herauszubezahlen, und

2., Dr. Schrader habe als früherer Anwalt Frese's sich verpflichtet, das Provenu der cedirten Forderung an den Intervenienten abzuführen.

Allein keine dieser beiden Thatsachen ist geeignet, ein Klagfundament für den vom Intervenienten erhobenen Anspruch abzugeben. War die Forderung wirklich in das Vermögen des Frese gebracht unter einer bestimmten Auflage oder gegen Uebernahme bestimmter Verbindlichkeiten bezüglich des Erlöses, so konnte der Cedent zwar die Erfüllung dieser Auflage, unter Umständen wohl auch die Sicherstellung derselben, fordern. Nicht aber steht ihm die Befugniß zu, die geschehene Veräußerung zu ignoriren oder als weggefallen zu behandeln. Die aus einem derartigen Contraktsverhältnisse für Frese erwachsenen Vermögensrechte gingen an dessen Concursmasse über. Es ist auch nicht abzusehen, warum das Verhältniß durch die Insolvenz des Frese oder eine etwaige Geisteskrankheit desselben alterirt werden sollte.

Gäben aber diese Umstände oder einer derselben dem Intervenienten das Recht, die Aufhebung des Vertrages zu fordern und die causa cessionis als unter den eingetretenen Verhältnissen weggefallen zu achten, so würde damit doch nur ein Anspruch auf Rückcession begründet sein.

Der Intervenient könnte die in das Vermögen des Frese übergegangene Forderung condiciren. Das ist aber nicht geschehen. Weder ist das Petitum in dieser Richtung gestellt, noch auch ist der Thatbestand einer Rückforderungsklage in ausreichender Weise substantiirt.

Als die Grundlage der Interventionsklage ist lediglich die Behauptung anzuerkennen, daß trotz des gebrauchten Ausdrucks der Cession in Wahrheit eine Uebertragung der Forderung in das Vermögen des Frese nicht erfolgt, derselbe für die Forderung vielmehr nur Mandatar gewesen sei. Die Anerkennung dieses Sachverhalts ist der eigentliche Zweck der Intervention. Mit diesem Sachverhalt würde feststehen, daß eine Cession ihrem eigentlichen Wesen nach überhaupt nicht vorgekommen ist, sondern nur die äußere Form einer solchen gewählt und vorgespiegelt wurde.

Vrgl. Lübeck O.-A.-G. Brem. Samml. Bd. 4. pag. 19.
Kierulff Samml. Bd. 3 pag. 294 ff.

Der vorige Richter hat dieses Klagfundament trotz des Widerspruchs der klägerischen Konkurskuratoren, welche sich auf die anerkannte Thatsache einer Cessionserklärung berufen, für liquide erkannt. Diese Entscheidung unterliegt jedoch Bedenken. Der gebrauchte Ausdruck der Cession spricht zunächst gegen die Annahme eines bloßen Mandats. Denn darunter ist „sowohl nach dem juristischen Begriff, als der im gewöhnlichen Verkehr üblichen Bedeutung nur eine Uebertragung zu verstehen, welche die Vortheile der Forderung dem Vermögen des Cessionars zuwendet."

Vrgl. Lübeck O.-A.-G. Bd. 4, pag. 19 l. c.

Allerdings haben die klägerischen Konkurskuratoren selbst die Urkunde [14] zu den Akten gebracht, inhalts welcher Gildehaus zugleich mit der Cession den Frese autorisirt, „die Summe zur Befriedigung meiner diversen Gläubiger zu verwenden." Allein einerseits kann diese Urkunde um so weniger als eine Begründung des Interventionsanspruchs angesehen werden, weil der Intervenient sich gar nicht auf sie berufen, auch sie nicht einmal bisher als ächt anerkannt hat. Andererseits aber ist auch der Ausdruck dieses Schriftstücks keineswegs ein völlig klarer. Zwar spricht die Bezeichnung „Autorisation" 2c. dafür, daß Gildehaus als der Disponent über den Erlös der Forderung sich betrachtet hat. Ob dies aber nach den zwischen den Betheiligten getroffenen Verabredungen mit Fug und Recht geschehen ist, steht zur Zeit nicht fest. Die thatsächlichen Verhältnisse, welche zu dem Contracte qu. zwischen Gildehaus und Frese führten, sind noch wenig aufgeklärt. Die klägerischen Kuratoren haben in dieser Instanz angeführt, daß die Cession geschehen sei, damit ein gewisser Bollmann, ein Gesellschafter Frese's, für eine ihm gegen Gildehaus zustehende Obligationsforderung gedeckt werde, bezw. Frese für Bollmann Deckung erhalte. Es sind aber die möglichen Gründe der Uebertragung einer Forderung an sich grade so mannigfaltig wie die Gründe von Vermögenszuwendungen überhaupt. Und nicht nur da, wo die Cession eine definitive Uebertragung des Forderungsobjects in das Vermögen des Cessionars bezweckt, sondern nicht minder da, wo sie eine Form, ein nur

geringeres Recht diesem einzuräumen, abgiebt, z. B. die Sicherstellung eines anderweitigen Anspruchs, ist die cedirte Forderung der Einwirkung des Cedenten entzogen und in das Vermögen des Cessionars übergegangen, wenngleich auch der Erlös demnächst theilweise an den Cedenten zurückzuerstatten ist.

Auch aus der oben bemerkten Erklärung des Dr. Schrader, als vormaligen Anwalts Frese's, welche er dem Beklagten gegenüber abgab, als dieser anfänglich die behauptete Cession bestritten hatte, kann eine Liquidität der Behauptung, daß ein bloßes Mandat der Uebertragung der Forderung zu Grunde liege, nicht hergeleitet werden. Schon deshalb nicht, weil diese Erklärung dem Intervenienten als solchen gegenüber gar nicht abgegeben wurde, auch die Grundlage des Rechtsverhältnisses gar nicht aufklärte, und, — wenngleich dadurch ein Resultat zugesichert wurde der Art, wie wenn die Forderung nur für Rechnung der Gläubiger von Gildehaus geltend gemacht werden würde, — grade den Zweck verfolgte, den Beklagten zur Anerkennung der Cession zu veranlassen.

Es muß vielmehr ein Beweisverfahren über den Grund der Intervention angeordnet werden, wobei dem Intervenienten der zugestandenen Thatsache der Cession gegenüber die Beweislast zufällt. Den Parteien bleibt es sodann unbenommen, behufs Führung der Beweise auf etwa schon in den Akten vorhandene Beweismomente zurückzukommen.

63.

Flohr & Co. zu Bremen, Kläger, wider Johann Christian Schmidt zu Bremen, Beklagten, Forderung, jetzt geführten Beweis betreffend.

Urtheil vom 25. Juni 1878.

Die in einer Criminal-Untersuchung gesammelten Beweise können Indicien für den civilprozessualischen Beweis bilden und als solche vollen Beweis liefern.

Aus den Gründen:

Zu entscheiden ist nur über die Beweisführung zu den Beweissätzen b und c:

(b:) daß Beklagter die in der Klage unter 1, 3 bis 6 erwähnten 4 Seronen Carmen- und 13 Seronen Palmyra-Taback von Westphal käuflich überliefert erhalten habe;

(c:) daß Beklagter beim Ankauf dieser Tabacke Kenntniß davon gehabt habe, daß dieselben von Westphal gestohlen waren.

Die Beweis-Aufnahme ist bezüglich dieser Beweise noch nicht beendigt. Das Untergericht hat es für angemessen erachtet, zunächst nur über die Beweiskraft Eines Beweismittels — der Untersuchungsakten wider Westphal und Genossen — zu entscheiden.

Dasselbe hat dann erkannt: es seien beide Beweise durch diese Akten voll. geführt, die Beweiszeugen der Kläger entbehrlich, die Gegenbeweiszeugen des Beklagten bedeutungslos.

Das Obergericht hat dagegen den ersten Beweis, soweit er durch Urkunden angetreten, für verfehlt erkannt und die Vernehmung der Zeugen verfügt; — dagegen den zweiten Beweis bedingungsweise, nämlich für den Fall des Gelingens des ersten Beweises, für geführt erkannt.

Die erstere Entscheidung ist jetzt von den Klägern, die zweite vom Beklagten angefochten.

Die vom Untergerichte und bezüglich des zweiten Beweises auch vom Obergerichte beliebte Nicht-Abhörung der Zeugen ist nur dann gerechtfertigt, wenn

erstens: die Beweise durch die Untersuchungsakten bereits voll geführt sind

und auch

zweitens: dieses Ergebniß durch die Gegenbeweiszeugen nicht mehr geändert werden kann.

Was nun

I. den **ersten** Beweis:

daß Beklagter die fraglichen 17 Seronen Taback von Westphal käuflich überliefert erhalten habe,

betrifft, so ist

A., bezüglich der Beweiskraft der Untersuchungs-Akten zu unterscheiden zwischen der in den strafgerichtlichen

Erkenntnissen enthaltenen thatsächlichen Feststellung und den aus den Untersuchungsakten sich ergebenden Indicien.

1., Die strafgerichtliche thatsächliche Feststellung betrifft offenbar gar nicht die zu Beweis verstellte Thatsache.

Denn Kläger müssen beweisen, daß Westphal 17 ganze Packen Taback, und zwar die in der Klage genau bezeichneten 4 Packen Carmen und 13 Packen Palmyra, an Beklagten verkauft habe.

Dagegen hat das Strafgericht nur festgestellt:

„daß Schmidt von dem von Westphal gestohlenen Taback seines Vortheils wegen 1872 und 1873 in zehn bis zwölf Fällen jedesmal circa 150 Pfund losen Taback angekauft habe",

— eine Feststellung, welche genau dem in der mündlichen Hauptverhandlung vom Beklagten abgelegten Geständnisse entspricht.

Die obergerichtliche Feststellung lautet:

daß Schmidt in den Jahren 1872 und 1873 hieselbst seines Vortheils wegen in zehn bis zwölf Fällen jedes Mal circa 150 Pfund Taback, zusammen mindestens 750 *M.* werth, von Westphal angekauft hat, von denen er wußte oder den Umständen nach annehmen mußte, daß sie mittelst Diebstahl erlangt seien."

In den Gründen sprach das Obergericht aus, es könne dahin gestellt bleiben, ob es loser Taback oder Taback in Packen (Seronen) gewesen sei.

Mithin ist nicht für bewiesen erkannt, daß Beklagter von Westphal ganze Packen Taback, — noch weniger: daß er gerade die hier fraglichen 17 Seronen gekauft habe.

Was dann

2., die aus den Untersuchungsakten sich ergebenden Indicien betrifft, so ist es zweifellos, daß die in einer Crimminal-Untersuchung gesammelten Beweise aller Art — Geständnisse und Verhalten des Angeklagten, Aussagen von Mitangeklagten, Zeugnisse, Gutachten, beschlagnahmte Sachen u. s. w. — Indicien für den civilprocessualischen Beweis bilden können und daß auch in Civilsachen durch Indicien voller Beweis geliefert werden kann.

Ein Geständniß des Beklagten liegt nicht vor. Dieser hat im Strafproceß in seinen Angaben freilich sehr geschwankt, am Schluß manches zugestanden, was er vorher beharrlich geleugnet hatte, — aber er hat stets entschieden bestritten, von Westphal jemals ganze Seronen Taback (außer einer hier nicht in Betracht kommenden Serone Domingo) empfangen zu haben.

Die vorliegenden Indicien beschränken sich auf folgende:

a., die Angaben des Angeklagten Westphal. Dieser sagte sofort bei der polizeilichen Haussuchung am 1. December 1874:

„Schmid habe von ihm Anfang 1874 drei Packen Carmen und sieben Packen Palmyra erhalten",

dann am 2. December:

„im Jahre 1873 erhielt Schmid 1 Packen Carmen, außerdem noch drei oder vier Packen Carmen und sieben Packen Palmyra",

und am 3. December, als das von Flohr aufgestellte Verzeichniß der gestohlenen Seronen Taback mit ihm durchgenommen wurde, gab er genau an, an welche verschiedenen Personen er die einzelnen Seronen verkauft, und daß namentlich Schmid die jetzt fraglichen 17 Seronen von ihm erhalten habe, und zwar Posten 1 (2 Carmen) im Sommer 1873 und Posten 3 (2 Carmen) gegen Sommer 1874.

Diese präcise und vor dem Strafgericht wiederholte Aussage kann nicht, wie Beklagter will, ohne weiteres für ganz bedeutungslos erachtet werden.

Ihre Glaubwürdigkeit wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß Westphal im ersten Verhör die Zahl der an Schmid verkauften Packen geringer als im zweiten Verhör angegeben hat. Denn er mochte inzwischen die Sache sich genauer überlegt haben.

Bedenken könnte allenfalls erregen die von Westphal angegebene Zeit. Er sagt, er habe den Posten Nr. 1 schon im Jahre 1873 gestohlen und an Schmid verkauft, während die Kläger mit Bezugnahme auf ihre Lager-Aufnahme jetzt erklären, jene Seronen seien am 1. Januar 1874 noch vorhanden gewesen und erst im Jahre 1874 gestohlen. Indeß fehlt es an jeder Garantie für die Richtigkeit der Lager-Aufnahme. Diese ist schwerlich von Flohr selber, sondern vielleicht von Westphal, dem klägerischen Küper, besorgt,

der ein Interesse daran hatte, durch falsche Angabe des Lager-Bestandes seine Diebstähle zu verdecken.

Nicht ausgeschlossen ist der Verdacht, daß Westphal durch Benennung solventer Hehler dem Bestohlenen Schadloshaltung habe sichern und dadurch eine Straf-Ermäßigung habe herbeiführen wollen, — ein Motiv, welches Beklagter jetzt durch den Zeugen Boy erweisen will. Aber dieser Verdacht wird fast ganz dadurch verdrängt, daß Beklagter geständigermaßen von Westphal wiederholt Tabacke gekauft hat.

b., Den Beklagten belastet ferner der verdächtige Besitz zweier leerer Seronen. Am 1. December 1874 wurdeu bei ihm zwei leere Seronen gefunden, die eine mit dem Märk ◇ ◇ wie Klageposten Nr. 4, die andere mit dem Märk M. H. C. L. wie Klageposten Nr. 6, beide vom Bestohlenen eidlich als ihm gehörig anerkannt.

Der Beklagte hat den rechtmäßigen Erwerb der Seronen nicht nachweisen können, vielmehr nur angegeben:

> „die erstere werde er in Auction gekauft haben; woher die andere sei, wisse er nicht.“

c., In den beschlagnahmten geheimen Notizbüchern hat Beklagter mehrere von ihm mit Westphal gemachte Tabacks-Geschäfte, auch Sorte und Gewicht der empfangenen Tabacke verzeichnet. Theils aus den Gewichts-Angaben, theils daraus, daß nur einige Posten ausdrücklich als loser Taback bezeichnet sind, kann vielleicht geschlossen werden, daß die anderen Posten ganze Seronen betreffen.

Aber die an sich schon geringe Beweiskraft dieses Umstandes wird dadurch beseitigt, daß die beiden Notizbücher nur das Jahr 1872 betreffen, während die hier fraglichen Geschäfte nach Angabe Westphals sämmtlich in den Jahren 1873 und 1874 vorgekommen sein sollen.

Das Strafgericht hat auf Grund der hiernach übrig bleibenden Indicien — Angaben Westphals und Besitz der leeren Seronen — die von Westphal behaupteten Verkäufe der fraglichen Seronen nicht für erwiesen erachtet. Wenn sogar das Strafgericht, welches in der mündlichen Verhandlung den Westphal und den Beklagten sah und hörte, so erkannt hat, so muß es dem Civilgericht unmöglich

sein, auf Grund nur der Untersuchungs-Akten anders zu entscheiden.

Es kommt hinzu, daß

B., Das Gegenbeweis-Material keineswegs bedeutungslos ist.

Aus den Untersuchungs-Akten ist solches Material allerdings nicht zu entnehmen: Unerheblich ist insbesondere die Nicht-Buchung der hier fraglichen Geschäfte in den Handlungsbüchern des Beklagten. Denn diese Bücher sind erwiesenermaßen unrichtig geführt. Die vom Beklagten jetzt zugestandenen Westphal'schen Verkäufe sind ja nicht darin gebucht, und der Sachverständige Rennwagen sagt, die Bücher seien seiner Ueberzeugung nach absichtlich unvollständig und dunkel geführt. Sie können also keinenfalls etwas für den Beklagten beweisen.

Die Gegenbeweiszeugen Küper Meyer, Reps, Meyerdirks und Ebbing sollen nur die für den hier fraglichen Beweis ganz bedeutungslose Thatsache bezeugen,

> „es komme in Bremen oft vor, daß Küper Tabacke verkaufen und im Packhause ihrer Firma lagern;

sind also insoweit jedenfalls zu verwerfen.

Erheblich dagegen ist der Gegenbeweiszeuge Voy. Dieser kann angeblich bezeugen:

> „er (Westphal) habe geglaubt, wenn er möglichst viele solvente Leute als Hehler bezüglich großer Quantitäten Taback angebe und somit der Firma Flohr & Co. Gelegenheit verschaffe, sich an diesen zu erholen, seine Strafe geringer ausfallen werde; er rechne in Folge seiner Angaben nur auf eine Strafe von etwa sechs Monaten."

Durch ein derartiges Zeugniß kann die Beweiskraft der Westphal'schen Aussage offenbar erheblich geschwächt werden.

Daher müßte selbst dann, wenn die Untersuchungsakten an sich vollbeweisend wären, zunächst noch mit der Vernehmung des Zeugen Voy und in Folge dessen auch mit Vernehmung der klägerischen Zeugen verfahren werden.

Die obergerichtliche Entscheidung würde daher zu billigen sein, wenn sie lediglich ausspräche: daß der Klagbeweis durch die Untersuchungsakten nicht voll erbracht sei.

Aber das Obergericht geht zu weit, wenn es in den Gründen S. 10 sagt:

„für den Beweissatz sub b des Interlocuts ist die Beweisantretung durch Bezugnahme auf die Strafakten völlig verfehlt,"

und in der Entscheidung:

„daß der Beweis sub I, b, soweit er durch Urkunden angetreten, für verfehlt zu achten, dagegen soweit er durch Zeugen angetreten ist, demselben stattzugeben und mit der Vernehmung der klägerischen Zeugen zu verfahren ist, — — vorbehältlich des Erkenntnisses über die eventuelle Eidesdelation."

Das Obergericht bezeichnet hier die Untersuchungsakten als gänzlich bedeutungslos, schließt deren demnächstige Berücksichtigung in dem nach Aufnahme des Zeugenbeweises ergehenden Erkenntnisse völlig aus.

Dies geht zu weit.

Es ist möglich, daß der Beweis auf Grund der Zeugen-Aussagen in Verbindung mit dem Inhalt der Untersuchungsakten für ganz oder bis zum Notheide geführt zu erkennen oder daß ausschließlich auf Grund der Untersuchungsakten ein Notheid aufzuerlegen ist. Ob und in welchem Maße die Untersuchungsakten in diesen Beziehungen etwa beweiskräftig seien, ist nicht schon jetzt, sondern erst nach Beendigung der Beweisaufnahme zu entscheiden.

Mithin ist in soweit auf Grund der klägerischen Appellation die obergerichtliche Entscheidung zu ändern.

II. Der zweite Beweissatz:

daß Beklagter beim Ankauf der von Westphal ihm verkauften 17 Seronen Kenntniß davon gehabt habe, daß dieselben von Westphal gestohlen waren,

steht mit den Gründen des untergerichtlichen Beweisinterlocuts in Widerspruch, insofern in letzteren gesagt ist:

„Dolus indiciis probatur. Der Kenntniß des Diebstahls wäre daher gleich zu achten, wenn Klägerin auch nur erweisen könnte, daß allen Umständen nach Beklagter bei Ankauf der Tabacke vernünftiger Weise annehmen

mußte, Westphal habe dieselben im Wege rechtswidriger Aneignung in seinen Besitz gebracht."

Ob hiernach trotz des klaren Wortlauts des Beweissatzes schon der Nachweis des Wissenmüssens genüge, darf nach dem Ergebniß der nachfolgenden Erörterung dahin gestellt bleiben.

Was

A., die Beweiskraft der Untersuchungsakten betrifft, so ist

1., die in den Strafurtheilen enthaltene thatsächliche Feststellung hier ebenso wie bezüglich des ersten Beweissatzes bedeutungslos.

2., Bei Würdigung der einzelnen Indicien ist davon auszugehen, es werde bewiesen, daß Westphal die fraglichen 17 Seronen an Beklagten verkauft habe, — da nur unter dieser Voraussetzung der Beweis des dolus überhaupt in Betracht kommt.

Die Untersuchungsakten ergeben folgende Indicien:

a., Westphal hat wiederholt und noch in der Hauptverhandlung gegenüber dem Beklagten entschieden erklärt: Beklagter habe das ganze verbrecherische Treiben Westphal's nicht bloß gekannt, sondern sogar zum Theil veranlaßt und gestohlene Tabacke für einen Spottpreis heimlich gekauft und empfangen.

b., Die Persönlichkeit Westphal's, der kein eigenes Geschäft, aber als Küper freien Zutritt zum klägerischen Lagerhause und daher bequeme Gelegenheit zu Entwendungen hatte, mußte es dem Beklagten klar machen, daß die von Westphal zum Kauf angebotenen Tabacke gestohlenes Gut seien.

c., Dieser Annahme konnte Beklagter um so weniger sich entziehen, als es nicht etwa um kleine Partien losen Taback oder um beschädigte Tabacke — die Westphal in einer Auktion billig gekauft haben konnte —, sondern um zahlreiche ganze Seronen guter Tabacke sich handelte.

d., Beklagter ist vom Obergericht für überführt erkannt, lose Tabacke, die Westphal gestohlen hatte, als Hehler an sich gebracht zu haben, — mithin als ein Mann erfunden, welcher der Hehlerei fähig ist und mit Westphal in strafbarem Verkehr gestanden hat.

e., Der Mitangeklagte Henning bekundet, daß Beklagter

auch von ihm noch wenige Tage vor der Verhaftung eine Serone Palmyra gekauft, obgleich er (Henning) ihm deutlich zu verstehen gegeben habe, daß dieselbe gestohlen sei.

f., Beklagter hat erweislich in der Untersuchung vielfach gelogen: Anfangs leugnete er beharrlich jeden Verkehr mit Westphal, namentlich jeden Tabacks-Verkauf Westphal's an ihn, und behauptete die Richtigkeit und Vollständigkeit seiner Bücher, — worin Westphal allerdings nicht vorkommt. Nach dem Auffinden der geheimen Notizbücher, woraus zahlreiche Tabacksverkäufe Westphal's sich ergaben, sagte er zuerst; er wisse nicht, was für ein Westphal der dort Genannte sei und was die Notizen bedeuten. Dann gestand er den Ankauf von vier der dort notirten Posten, und in der Hauptverhandlung den Ankauf von 10 bis 12 Posten losen Tabacks zu. Im jetzigen Processe räumte er ferner den Ankauf einer Serone Domingo ein, leugnet aber auch jetzt noch — und zwar wahrheitswidrig — den Ankauf der hier fraglichen Seronen Carmen und Palmyra.

g., Endlich belastet den Beklagten auch die Art seiner Buchführung. Beklagter hat in den Handlungsbüchern die Westphal-schen Verkäufe gar nicht gebucht, ohne diese Unterlassung genügend erklären zu können, und im Cassabuche vielfach bedeutende Zahlungen unter der dunkeln Bezeichnung „diverse Empfänger" eingetragen.

Der Sachverständige Rennwagen glaubt, die Bücher seien absichtlich falsch geführt.

Diese Indicien sind so zahlreich und so gewichtig, daß sie die Ueberzeugung rechtfertigen, Beklagter habe beim Ankauf der 17 Seronen bestimmt gewußt, daß sie — ebenso wie der von Westphal ihm verkaufte lose Taback — von Westphal gestohlen waren.

Diese Beweiskraft kann auch

B., durch das Gegenbeweis-Material nicht entkräftet werden. Zunächst ergeben:

1., die Untersuchungsakten keine dem Beklagten günstige Momente.

2., Der Zeuge Boy soll die Unglaubwürdigkeit des Zeugen Westphal darthun. Indeß wird ja vorausgesetzt, daß der beklagtische Ankauf, also die Wahrheit der Westphal'schen Angaben bewiesen, —

mithin dessen Glaubwürdigkeit vom Gericht anerkannt wird. Der Zeuge Voy ist also bezüglich dieses Beweissatzes bedeutungslos.

3., Die übrigen 4 Gegenbeweiszeugen sollen aussagen:

es komme in Bremen oft vor, daß Küper Tabacke verkaufen und im Packhause ihrer Firma lagern.

Dieser Umstand ist zwar nicht — wie das Untergericht irrig annimmt — von den Klägern zugestanden, aber höchstens zur Beseitigung des oben unter 2b erwähnten Indicium — daß nämlich der Verkäufer ein Tabacks-Küper war —, nicht aber zur Beeinträchtigung der vollbeweisenden Kraft der übrigen Indicien geeignet.

Daher ist die Vernehmung dieser Gegenbeweiszeugen von den Vorinstanzen mit Recht abgelehnt.

64.

H. D. Kallenberg in Bremen, Kläger, wider Diedrich Otten Wittwe, Johann Otten, Otto Huck Namens seiner Ehefrau Emilie geb. Otten und Mathilde Otten, sämmtlich zu Bremen, Beklagte, Forderung betreffend.

Urtheil vom 4. Juli 1878.

Einer von mehreren Mitbürgen, welcher die Hauptschuld bezahlt, ohne von der ihm an sich zustehenden Theilungseinrede Gebrauch zu machen, erwirbt durch die Zahlung allein keinen Regreßanspruch gegen seine Mitbürgen vielmehr kann ein solcher nur auf ein besonderes unter den Mitbürgen bestehendes Rechtsverhältniß begründet werden.

Der Mandatar, welcher für seinen Mandanten Geld auslegte, hat Anspruch auf Erstattung desselben mit Zinsen, ohne daß eine vorgängige Mahnung erforderlich wäre.

Aus den Gründen:

Die erste Beschwerde ist darüber erhoben, daß die Klage nicht, abgesehen vom Beweise der Höhe der gezahlten Summe

ohne weiteres deshalb für liquide erachtet worden sei, weil in der Zahlung der ganzen Schuld seitens Eines von mehreren zur Vorschützung der Einrede der Theilung berechtigten Mitbürgen eine negotiorum gestio für den Andern liege.

Wäre dieser Satz richtig, so würde er gleichwohl auf den vorliegenden Fall keine Anwendung leiden, weil die Mitbürgen hier eben nicht zur Vorschützung der Einrede der Theilung berechtigt waren, weil dieselben, wie aus der vom Kläger erst in dieser Instanz abschriftlich producirten, aber nach fester Praxis gegen den Producenten gleichwohl zu attendirenden Bürgschaftsurkunde hervorgeht, ausdrücklich auf die Einrede der Theilung verzichtet haben. —

Wenn nun auch allerdings derartige Verzichte zu Gunsten und Bequemlichkeit des Gläubigers abgegeben werden und das Verhältniß unter den Mitbürgen insoweit nicht berühren, als sie ein an sich bestehendes Regreßrecht nicht ausschließen, so handelt es sich hier doch eben um die Frage, ob die Unterlassung der Vorschützung der Theilungseinrede für sich allein schon als negotiorum gestio einen Regreßanspruch begründe, und davon kann natürlich keine Rede sein, wenn ein Recht zu solcher Vorschützung überall nicht bestand.

Aber auch wenn die Einrede dem zahlenden Bürgen zu Gebote steht, enthält nach der heut zu Tage durchaus herrschenden Ansicht die Zahlung an sich, ohne Hinzutreten besonderer Umstände, keine negotiorum gestio, und ein Regreßanspruch gegen die Mitbürgen läßt sich, wofern nicht mit der abgetretenen Klage des Gläubigers 'geklagt werden kann, nur auf ein besonderes unter den Parteien bestehendes Rechtsverhältniß wie societas, Mandat u. s. w. gründen.

Vergl. Vangerow, Leitfaden §. 572 Anm. 3,
Windscheid, Pand. §. 481 Ziff. 3,
Keller, Pand. §. 289 a. E.
Seuffert, Archiv, I. 331, VII. 158, XVII, 39, XXII, 237, XXVIII. 225.

— — — — — — — — — — — — — —

Auch die vierte Beschwerde, den Zinsanspruch betreffend, mußte für erheblich erachtet werden. Einer Mahnung bedurfte

es zur Begründung des Zinsanspruches nicht. Wenn Kläger den ihm zur Hauptsache nachgelassenen Beweis erbringt, so zahlte er eben im Auftrage, als Mandater von D. Otten bzw. Joh. Otten, und kann seine Auslage nach l. 12 §. 9 D. mandati mit Zinsen erstattet verlangen. Auch auf l. 67 §. 2 D. pro socio würde sich der Zinsanspruch gründen lassen, insofern durch die behauptete Vereinbarung mit D. Otten die Bürgschaft hinterher zu einem gemeinschaftlichen Geschäft gemacht wurde.

65.

Die Bremer Gewerbebank E. G. zu Bremen, Klägerin, wider den Bremischen Staat, Beklagten, Rückforderung bezahlter Einkommensteuer betreffend.

Urtheil vom 4. Juli 1878.

> Eine im Bremischen Staat domicilirte Gesellschaft ist, ohne Unterschied, ob sie eine Erwerbsgesellschaft ist oder nicht, zur Entrichtung von Einkommensteuer verpflichtet, sobald sie ein Einkommen im Sinne des Gesetzes vom 17. December 1874 hat.

In dieser Sache bestätigte das Ober-Appellations-Gericht die Entscheidung der beiden Vorderinstanzen, indem es lediglich „auf die zutreffenden und erschöpfenden Gründe des Untergerichtserkenntnisses“ zurückverwies. Aus den letzteren ist Folgendes von Interesse:

Die Klägerin bestreitet ihre Verpflichtung zur Zahlung von Einkommensteuer.

1., weil ihr statutenmäßiger Zweck nicht auf Erwerb, sondern auf Beschaffung der im Gewerbe und Wirthschaft der Mitglieder nöthigen Geldmittel auf gemeinschaftlichen Credit gerichtet und sie demnach nicht eine Erwerbsgesellschaft sei.

2., weil sie kein Einkommen habe, indem die von ihr an die Mitglieder bezahlten Dividenden lediglich „Rückerstattungen von

„Zinsen seien, welche die Mitglieder selbst erst einbezahlt haben, „und von denen sich herausgestellt habe, daß sie zu viel erhoben „seien." Die Frage, ob Klägerin eine Erwerbsgesellschaft sei, ist jedoch eine müssige, da nach dem Einkommensteuergesetz vom 17. December 1874 nicht nur die Erwerbsgesellschaften, sondern alle im Bremischen Staate domicilirten Gesellschaften, abgesehen von den hier nicht in Frage kommenden Ausnahmen des §. 3 des erwähnten Gesetzes, steuerpflichtig sind. Es kommt demnach nur auf die Frage an, ob die Klägerin überall ein Einkommen im Sinne des Gesetzes habe.

In dieser Hinsicht ist nun die oben sub 2, erwähnte Behauptung der Klägerin offenbar unrichtig, da nach dem klaren Wortlaut der Statuten (cf. insbesondere §§. 30, 32, 35, 50, 51) nicht die von den Darlehnsempfängern bezahlten Zinsen Jenen nach Abzug der Unkosten zurückerstattet werden, sondern der durch die Gewährung der Darlehen erzielte Gewinn theils zur Bildung eines Reservefonds verwendet theils unter die sämmtlichen Mitglieder nach Maßgabe ihrer Geschäftsantheile und ohne Rücksicht darauf, ob sie zu den Darlehnsempfängern gehörten oder nicht, vertheilt wird. Der Umstand, daß die Gesellschaft nur an ihre Mitglieder Darlehen giebt, ist dabei ganz irrelevant. Es ist übrigens nicht einmal richtig, daß die von der Gesellschaft gewährten Darlehen lediglich aus den Geschäftsantheilen der Mitglieder bestritten werden und demnach die von der Gesammtheit der Darlehnsempfänger bezahlten Zinsen lediglich eine Vergütung für die Benutzung der Geschäftsantheile der sämmtlichen Mitglieder oder eines Theils derselben sind, denn nach §. 1 der Statuten der Sparcasse S. 15 [3] nimmt die Klägerin Einlagen auf Contobücher auch von Nichtmitgliedern an, und nach Ausweis der Bilanz [6] waren diese Einlagen in den Jahren 1868 bis 1874 ganz erheblich größer als die sämmtlichen Geschäftsantheile der Mitglieder, (am Schlusse des Jahres 1874 betrugen z. B. die ersteren 2,340,665 *M.*, die letzteren 435,071 *M.*) und reichte der Bestand derselben sowohl am Anfang als am Ende des Jahres 1874 dazu aus, um die sämmtlichen Darlehen zu gewähren, welche gleichzeitig ausstanden. Es liegt demnach kein Grund vor, den von der Klägerin in ihrem Geschäftsbetriebe erzielten Gewinn mit Rücksicht auf die Verpflichtung zur Zahlung der

Einkommensteuer anders zu behandeln als den Gewinn, welchen die lediglich den Erwerb ihrer Mitglieder bezweckenden Aktiengesellschaften und sonstigen Gesellschaften erzielen. Daß aber das von den letzteren zu versteuernde Einkommen nicht nur aus den Beiträgen zum Reservefond, sondern auch aus dem Gewinn besteht, welcher als Dividende unter die Mitglieder vertheilt wird, unterliegt keinem Zweifel; denn nicht nur geschah die ausdrückliche Erwähnung der Gesellschaften unter den Steuerpflichtigen in §. 2 des Einkommensteuergesetzes vom 17. December 1874 und einigen früheren Gesetzen abweichend von den älteren Gesetzen notorisch grade zu dem Zweck, um zu bewirken, daß der zur Dividendenzahlung verwendete Gewinn von den Gesellschaftern als solchen und nicht, wie früher, von den die Dividende empfangenden Mitgliedern versteuert werde, sondern in §. 5 sub d des erwähnten Gesetzes werden auch ausdrücklich diese Dividenden unter den Einnahmen erwähnt, welche von den Empfängern nicht zu versteuern sind, weil für dieselbe ein Dritter, welcher hier nur der Vorstand der betreffenden Gesellschaft sein kann, die Einkommensteuer zu entrichten habe.

66.

Der Bremische Staat, Kläger, wider Joh. Friedr. Arens, Beklagten, Schiffahrts-Abgabe betreffend.

Urtheil vom 11. Juli 1878.

Der Art. 54 der Reichsverfassung („In den Seehäfen und auf allen natürlichen und künstlichen Wasserstraßen der einzelnen Bundesstaaten werden die Kauffahrteischiffe sämmtlicher Bundesstaaten gleichmäßig zugelassen und behandelt") hebt nicht ohne Weiteres alle partikularrechtlichen Vorschriften in Betreff verschiedener Behandlung der Schiffe einzelner Bundesstaaten auf, sondern verpflichtet die Bundesstaaten nur, alle bestehenden gesetzlichen Verschiedenheiten im Wege der Gesetzgebung zu beseitigen.

Der Umstand, daß ein Staat auf Grund der bestehenden partikularrechtlichen Vorschriften die Schiffer des einen Staats zur Bezahlung einer Schiffahrtsabgabe zwingt, die Schiffer anderer Staaten dagegen nicht, berechtigt die ersteren nicht zur Verweigerung dieser Abgabe.

Aus den Gründen:

in Erwägung:

Daß Beklagter behuf Benachrichtigung des Obergerichts von der Einlegung der Appellation den Kläger allerdings nicht auf einen Termin in den Gerichtsferien, sondern auf den 6. September 1877 hat laden lassen,

hierdurch aber der Vorschrift in §. 609 der Gerichtsordnung genügt ist, wie das Ober-Appellations-Gericht bereits früher entschieden hat,

Kierulff, Samml. V. 152,

mithin Beklagter der eventuell erbetenen Restitution nicht bedarf;

daß Art. 54 der Reichsverfassung zwar den Deutschen Bundesstaaten gebietet, die Schiffe aller Bundesstaaten bezüglich der Abgaben in Gesetz und Verwaltung gleichmäßig zu behandeln, — nicht aber vorschreibt, wie diese gleichmäßige Behandlung zu erfolgen habe, — insbesondere nicht, daß die den Schiffen Eines Bundesstaats gesetzlich gebührende oder thatsächlich gewährte günstigere Behandlung auch den Schiffen der anderen Bundesstaaten zu Theil werden müsse;

daher der Art. 54 keineswegs alle partikularrechtlichen Vorschriften in Betreff verschiedener Behandlung der Schiffe einzelner Bundesstaaten ohne weiteres aufhebt, sondern den Bundesstaaten nur zur Pflicht macht, alle bestehenden gesetzlichen Verschiedenheiten im Wege der Gesetzgebung zu beseitigen, — sei es durch Aufhebung der bisherigen Privilegien, sei es durch deren Ausdehnung auf die Schiffe der bisher nicht privilegirten Staaten, sei es durch Aufhebung der bisherigen und Festsetzung einer neuen gleichmäßigen Abgabe;

daß daher der Bremische Staat dadurch, daß er seit mehreren Jahren nur die Bremischen, nicht auch die anderen Deutschen Schiffer zur Zahlung der fraglichen Seeschifffahrts-Abgabe ge-

zwungen, zwar seiner staatsrechtlichen Pflicht gegen das Reich zuwider gehandelt, nicht aber Rechte der Bremischen Schiffer verletzt hat, mithin das Verfahren des Staates den Beklagten nur etwa zu einer gerechten Beschwerde beim Bundesrath und Reichstage veranlassen, nicht aber zur Verweigerung der noch zu Recht bestehenden Abgabe befugen konnte,

es hiernach einer Erörterung der Frage, ob bei Erlassung der Reichsverfassung nicht-bremische, insbesondere Oldenburger Schiffer von der fraglichen Abgabe gesetzlich frei waren, nicht bedarf.

67.

Johann Dietrich Meier zu Bremen, Kläger, wider Christian Johann Friedrich Wienholz zu Bremen, Beklagten, eine gemeinschaftliche Wand betreffend.

Urtheil vom 16. Juli 1878.

> Jeder Miteigenthümer einer gemeinschaftlichen Mauer ist zu einseitiger Benutzung der Mauer berechtigt, sobald aus derselben den Miteigenthümern kein Schaden erwächst und die Benutzung in einer der Bestimmung der Mauer entsprechenden Weise geschieht.

Der Kläger hatte eine Klage darauf gegründet, daß der Beklagte direct an der gemeinschaftlichen Hausmauer einen Schornstein derartig errichtet habe, daß dessen vierte Wand durch jene Mauer gebildet werde; daß zum Zwecke der Schornsteinanlage in der gemeinschaftlichen Wand vom Beklagten ein eiserner Winkel eingelassen sei, auf welchem der neuerbaute Schornstein ruhe und wodurch die gemeinschaftliche Mauer belastet werde; und daß zwei Seitenmauern, hinten eine neue Brandmauer und vorn die vordere Wand des Schornsteins, in die gemeinschaftliche Mauer eingelassen seien. Das Weitere ergiebt sich aus den Gründen:

Materiell ist den Ausführungen der beiden Vorinstanzen in Betreff der Befugnisse eines jeden Miteigenthümers zur Benutzung

einer gemeinschaftlichen Mauer im Wesentlichen beizutreten und ein Jeder derselben auch zu einseitigen Handlungen hinsichtlich derselben für berechtigt zu halten, sobald, was wesentlich Sache der Beurtheilung im einzelnen Falle ist, die Benutzung mit Maß und in einer der Bestimmung der Sache entsprechenden Weise geschieht.

Daß nun das Einbinden der beiden Schornsteinmauern sowie das Anbringen der eisernen Winkels bereits äußerlich solche Handlungen seien, welche einer berechtigten, einseitigen Benutzung des einen Miteigenthümers widersprächen, kann eben so wenig angenommen werden, als ein Zweifel darüber obwalten darf, daß sie dies thun würden, wenn sie der gemeinschaftlichen Mauer als solcher einen wirklichen Schaden bringen sollten.

Mit den beiden früheren Erkenntnissen kann man in dieser Richtung dann darüber wieder verschiedener Ansicht sein, ob das Widerspruchsrecht des einen Miteigenthümers noch einer näheren Begründung, also der Behauptung und nöthigenfalls des Beweises bedürfe, daß die Benutzungsweise des anderen Miteigenthümers über die erlaubten Grenzen hinaus gehe, oder ob letzterem von vorn herein die Justification seiner einseitigen Benutzung obliege. Aber in keinem Falle kann dem Kläger daraus eine Beschwerde entstehen, daß der Nachweis einer berechtigten Handlungsweise vom Beklagten verlangt und da deren Unzulässigkeit vom Kläger nur aus ihrer schädigenden Natur abgeleitet wird, dem Beklagten der Beweis der Unschädlichkeit der fraglichen Anlagen nachgelassen ist.

Der Beklagte beschwert sich unter allen Umständen mit vollem Rechte, daß in zweiter Instanz auf Appellation des Klägers, für welchen bei der Vertheilung der Beweislast bereits die möglichst günstige Beurtheilung zur Anwendung gebracht ist, der nachgelassene Einredenbeweis völlig gestrichen und ihm so die Möglichkeit genommen ist, das für liquide angenommene Verbietungsrecht des Klägers durch den Nachweis der Unschädlichkeit der vorgenommenen Anlagen zu beseitigen.

Durch die somit gebotene Wiederherstellung des erstinstanzlichen Erkenntnisses erledigt sich von selbst die nur eventuelle Beschwerde des Beklagten; daß ihm nicht wenigstens ein Nachweis in Betreff der Unschädlichkeit der dem Kläger zum Beweise verstellten Schornsteinanlage verstattet sei.

Wohl aber lebt nunmehr die fünfte vom Kläger in zweiter Instanz aufgestellte Beschwerde wieder auf, welche dort nicht in Betracht kam, weil der vierten stattgegeben und der ganze Einredenbeweis gestrichen ward, während es sich bei dieser fünften nur darum handelte, ob, wie Kläger will, das Wort „wesentlich" vor Schaden in dem Beweissatze beseitigt und also vom Beklagten zum Ausschlusse des klägerischen Verbietungsrechts die Abwesenheit eines jeden Schadens bei der von ihm gemachten Anlage erfordert werden soll.

Dieser Beschwerde müßte auch stattgegeben werden, wenn durch den Zusatz des Wortes „wesentlich", was dem Wortsinne nach nicht ausgeschlossen ist, angedeutet werden sollte, daß die Abwesenheit eines bedeutenderen Schadens nachzuweisen sei, also nur unter der Voraussetzung eines solchen das Widerspruchsrecht des Klägers anerkannt werden solle.

Dem ist jedoch nich so, sondern nach den Gründen des ersten Urtheils (S. 6 und 7), mit denen in der rechtlichen Beurtheilung auch das Obergerichtserkenntniß übereinstimmt, ist unter einem wesentlichen Schaden, dessen Abwesenheit der Beklagte nachweisen soll, nur ein solcher zu verstehen, welcher die Mauer in ihrem Wesen alteriren, also untauglich machen würde, in geeigneter Weise dem Nachbarn fernerhin als Grenzmauer und zu allen denjenigen Zwecken und in der Weise zu dienen, zu welchen und in welcher er eine solche Mauer nach ihrem Wesen als dem einer gemeinschaftlichen Grenzmauer zu benutzen berechtigt ist.

In diesem Sinne enthält der Zusatz „wesentlich" keine Beschwerung für den Kläger und ist deshalb und zwar berechtigter Weise gebraucht, um die geringeren Beschädigungen auszuschließen, welche auch mit einem völlig ordnungsmäßigen, erlaubten Gebrauche unausbleiblich verbunden zu sein pflegen und das Recht des Nachbarn nicht kränken, welche der letztere vielmehr, ohne sich der Chikane schuldig zu machen, nicht beanstanden darf.

68.

Carl Joseph Reeke zu Bremen, Kläger, wider Johann Heinrich Reeke zu Bremen, Beklagten, Forderung betreffend.

Urtheil vom 21. September 1878.

Derjenige, welcher die Uebernahme einer Intercession für sich durch einen Dritten duldet, während er dieselbe ablehnen konnte, haftet dem Intercedenten mit der actio mandati contraria auf Erstattung des von diesem für ihn Geleisteten.

Begründung der Klage des Intercedenten.

Der Mandatar kann seinem Mandanten 5% Zinsen auf die baaren Auslagen, welche er für denselben hatte, berechnen.

Ein vom Vater seinem Kinde geleistetes subsidium paternum fällt nicht unter den Begriff der eigentlichen Schenkung.

Aus den Gründen:

Nach zahlreichen unzweideutigen Entscheidungen der Quellen

l. 6 §. 2, l. 18, l. 53 mand. 17, 1.
l. 60 de regulis juris 50, 17.
l. 6 C. mandati. 4, 35.

haftet derjenige, welcher einen Andern wissentlich für sich intercediren läßt oder die Uebernahme einer Intercession für sich durch einen Dritten duldet, während er dieselbe ablehnen konnte, dem Intercedenten mit der actio mandati contraria auf Erstattung des Geleisteten, indem in einem solchen Falle ein stillschweigend zu Stande gekommenes Mandat angenommen werden soll.

Die Sachdarstellung, welche nun aber der Beklagte zur Beantwortung der Klage und Replik in der duplicarischen Erklärung

[8] der U.-G.-A. Vrgl. Prot. des U.-Ger. vom 9. November 1877 im Anfange —

von den zwischen ihm und dem Kläger vor und beim Abschlusse des betreffenden Hauskaufes stattgehabten Verhandlungen und Abreden giebt, läßt darüber keinen gerechtfertigten Zweifel, daß im vorliegenden Falle ein solches jenen gesetzlichen Bestimmungen entsprechendes Verhältniß zwischen den beiden streitenden Theilen vorhanden gewesen sei.

Nach der Darstellung des Beklagten haben vor Uebernahme der Bürgschaft durch den Kläger zwischen beiden Theilen Abreden stattgehabt, welche bezweckten, dem bis dahin unvermögenden Beklagten mit Unterstützung des Klägers die Begründung eines selbstständigen Hausstandes und Geschäfts zu ermöglichen und die hierzu nothwendige Erwerbung eines Hauses zu erleichtern. Auf Grund derartiger Abreden habe dann Beklagter in Gegenwart des Klägers mit dem Verkäufer seines jetzigen Hauses den Kauf selbstständig abgeschlossen und der Kläger diesem Verkäufer gegenüber zur Zahlung des Kaufpreises sich verpflichtet.

Ob diese letztere Angabe des Beklagten auch ein Geständniß dahin in sich schließe, daß Beklagter bei Uebernahme der fremden Schuld durch Kläger gegenwärtig gewesen sei, mag zweifelhaft sein, darf jedoch dahin gestellt bleiben, denn es kann zur Anwendung jener Gesetzesstellen nicht für erforderlich gehalten werden, daß die Intercession gerade in Gegenwart des Hauptschuldners erfolgt sei, wenn nur der thatsächliche Hergang bei derselben von der Art gewesen ist, daß der Hauptschuldner natürlicher und vernünftiger Weise hätte Einspruch thun können und müssen, sobald er die Intercession für sich nicht wollte. Das Vorhandensein dieser Erfordernisse läßt sich dann aber im vorliegenden Falle nach der Darstellung des Beklagten nicht wohl verkennen, da dieselbe nur die Auffassung rechtfertigt, daß die nach den vorgetragenen Abreden zum Zwecke der Begründung eines selbstständigen Geschäfts und Haushalts für Beklagten von beiden Theilen eingegangenen Verpflichtungen und Rechtsgeschäfte eben auch in Gemäßheit jener Abreden und ihnen entsprechend vorgenommen seien, Beklagter also mindestens die Bürgschaftsübernahme seines Vaters für die Hauskaufgelder gekannt und zugelassen habe, eine Annahme, welche auch eine nicht unwesentliche Unterstützung in der ferneren Angabe des Beklagten findet, daß er selbst bei der späteren Erfüllung der vom Kläger für ihn, den Beklagten, übernommenen Verpflichtungen in so weit wenigstens behülflich gewesen sei, als er die vom Kläger dem Verkäufer zu zahlenden Geldbeträge theilweise dem letzteren im Auftrage des Klägers überbracht habe.

Es bedarf hiernach der erhobene Regreßanspruch des Klägers, soweit er auf das Faktum der Bürgschaftsübernahme gestützt ist,

überhaupt eines weiteren Beweises des ihm zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses nicht mehr, und diese Liquidität erstreckt sich nicht nur auf die Hauptforderung, sondern auch auf die neben derselben seit dem 1. October 1874 beanspruchten Zinsen, weil der Mandatar außer der Auslage selbst auch eine 5 % Verzinsung derselben zu fordern berechtigt ist. Da nun aber die vom Kläger für den Beklagten geleisteten Zahlungen sämmtlich vor dem 1. October 1874 liegen, enthält die klägerische Zinsforderung sogar ein hinter der gesetzlichen Verpflichtung des Beklagten zurückbleibendes Verlangen.

Freilich hat Beklagter seiner Geschichtserzählung [8] der Unter-Gerichts-Akten gleich im Anfange die Behauptung hinzugefügt, die laut der stattgehabten Verhandlungen vom Kläger für den Beklagten vorgenommenen Leistungen seien in der Absicht geschehen, ihm, dem Beklagten, als Sohn des Klägers eine dauernde Unterstützung zur Begründung eines eigenen selbstständigen Haushalts und Geschäfts zu gewähren, welche erst demnächst beim Tode des Klägers auf den Erbtheil des Beklagten in Anrechnung habe gebracht werden sollen.

Allein diese Hinzufügung kann nicht für geeignet gehalten werden, die nach dem Früheren anzunehmende Liquidität des Klaganspruchs auszuschließen, denn dem Kläger kann nicht mehr angesonnen werden als das Vorbringen und der Beweis derjenigen Thatsachen, aus welchen nach allgemeinen Rechtsregeln und dem natürlichen Verlaufe der Dinge eine Verpflichtung des Beklagten, wie sie behauptet wird, hervorgeht und dies ist im vorliegenden Falle nichts als die mandatsmäßige Uebernahme und Tilgung der fremden Schuld, wie sie theils direct zugestanden, theils aus dem thatsächlichen Vorbringen des Beklagten als zugestanden anzusehen ist. Dagegen liegt dem Kläger nicht die Verpflichtung ob, die Abwesenheit solcher Verhältnisse oder Vorgänge zu behaupten und zu beweisen, welche etwa geeignet sind, die nach allgemeinen Regeln sonst bestimmten Rechtshandlungen anklebenden rechtlichen Wirkungen und Folgen auszuschließen oder zu beseitigen.

Alle derartigen Thatsachen und Verhältnisse fallen in das Gebiet der heutigen Einrede, hinsichtlich deren der Gegner allegations- und beweispflichtig ist, und dahin ist es dann auch zu rechnen,

wenn, wie hier Beklagter behehauptet, die Schuldübernahme von Seiten des Klägers wenigstens für den jetzt streitigen Betrag und bis zur Summe von 9000 *M.* nicht in der Absicht einer Rückforderung, sondern ebenso wie die demnächst aus der Intercession erfolgte Zahlungsleistung nur erfolgt sein soll, um dem Beklagten in der angegebenen Weise eine väterliche Unterstützung zu gewähren.

Uebernahm der Kläger die Bürgschaft für die Schuld seines Sohnes, des Beklagten, nur in der Absicht, mittelst der zu zahlenden Beträge ganz oder zum Theil dem Beklagten ein s. g. subsidium paternum zu gewähren, so schloß er damit von selbst jede Regreßpflicht des Beklagten aus und, indem er selbst gar nicht animo recipiendi intercedirte, wird unter solchen Verhältnissen auch die an sich aus den Umständen begründete Schlußfolgerung auf ein stillschweigendes Mandat beseitigt.

Die vom Beklagten aufgestellte Behauptung ist somit allerdings zur Beseitigung der Klage, soweit dieselbe auf die Bürgerschaftsübernahme gestützt ist, geeignet, indessen beim Leugnen des Klägers vom Beklagten zu beweisen.

— — — — — — — — — — — — — —

Es bleibt hiernach noch die sechste Beschwerde des Klägers, mittelst welcher er die angeblich von ihm dem Beklagten gemachten liberalen Zuwendungen überhaupt als Schenkungen behandelt wissen will und demzufolge ihnen gegenüber den Mangel der gerichtlichen Insinuation geltend macht.

Allein so weit die Replik der mangelnden Insinuation gegen die beabsichtigte Gewährung einer väterlichen Unterstützung durch den Kläger gerichtet wird, ist dieselbe und zwar im Wesentlichen aus den Gründen des Obergerichts für unzutreffend zu halten, da ein solches paternum subsidium nicht unter den Begriff der eigentlichen Schenkung fällt und daher dem Erfordernisse der Insinuation nicht unterworfen ist.

Anders verhält es sich dagegen mit der zweiten, auf einen einfachen Forderungserlaß gestützten Einrede, bei welcher jener eigenthümliche Charakter der Zuwendung fehlt oder wenigstens vom Beklagten nicht behauptet ist. Einen solchen Verzicht oder Erlaß, welchem kein anderes Motiv oder kein anderer rechtlicher Gesichtspunkt untergelegt wird, anders als eine Zuwendung aus reiner

Liberalität zu behandeln, und demgemäß den für reine Schenknngen bestehenden Rechtsregeln zu unterwerfen, fehlt es an jeder Veranlassung, und es muß, da Beklagter das Vorhandensein einer Insinuation überhaupt nicht behauptet hat, die klägerische Replik allerdings dieser Einrede gegenüber für begründet angenommen und der aufgestellten Beschwerde insoweit stattgegeben werden, als ein etwaiger Erlaß nur für den der Insinuation nicht bedürftigen Theil der erlassenen Forderung für wirksam zu erkennen ist und deshalb eine eventuelle Abweisung der Klage, falls Beklagter den von ihm behaupteten Erlaß nachzuweisen vermöchte, nur zu dem Betrage von 4200 *M.* zu erfolgen haben würde.

69.

D. H. Winter Wittwe zu Bremerhaven, Klägerin, wider Christian Lübben und Heinrich Kuhlmann zu Bremerhaven, als Vormünder der minderjährigen Kinder von D. H. Winter daselbst, Beklagte, Erbstreitigkeiten betreffend.

Urtheil vom 3. October 1878.

Die Römischen Rechtssätze haben Geltung, so lange die Unanwendbarkeit derselben nicht erhellt.

Das der armen Wittwe nach Römischem Recht zustehende Erbrecht ist auch in Bremen für gültig zu erachten.

Die Erben sind wegen der bloßen Möglichkeit später auftauchender Erbschaftsschulden nicht berechtigt, von der armen Wittwe oder von einem Legatare Caution zu verlangen.

Aus den Gründen:

Was zunächst die erste der Beschwerden betrifft, so haben Beklagte den zutreffenden Ausführungen der beiden vorigen Instanzen nur die Berufung auf Post, Elemente §. 199 entgegenzustellen vermocht. Allein die Ansicht dieses Schriftstellers, daß die Sätze des römischen Rechts nur in soweit Anwendung

finden könnten, als sich im Einzelnen ihre Reception nachweisen lasse, steht mit der herrschenden Annahme in Wissenschaft und Praxis durchaus in Widerspruch, wonach vielmehr die römischen Rechtssätze Geltung beanspruchen können, so lange nicht von einem derselben nachgewiesen wird, daß er keinen Eingang gefunden habe. Dieser Nachweis läßt sich nun allerdings auch durch den der Unvereinbarkeit des betreffenden Satzes mit einem unbestrittenermaßen in Geltung verbliebenen deutschen Rechtsprincip führen. Weshalb aber das im römischen Recht der armen Wittwe eingeräumte Erbrecht so durchaus unvereinbar mit dem statutarischen Erbrecht sein sollte, ist nicht abzusehen. Wo freilich die Eheleute nach bremischem Recht leben, ist für die Anwendung des Rechts der armen Wittwe kein Raum; aber wo Ersteres nicht der Fall ist, kann man gewiß nicht sagen, daß es dem Geist des bremischen Erbrechts widerstreite, wenn der Wittwe ein nicht über den Kopftheil der Kinder hinausgehendes Erbrecht auch in ausschließlicher Concurrenz mit Stiefkindern eingeräumt wird; denn dies entspricht ja nur dem, was das bremische Stadtrecht als Regel anordnet. Es kann sich nur fragen, ob die Concurrenz der armen Wittwe mit den Genossen einer früheren Sammtgutsehe des Mannes die unentziehbaren Rechte der Letzteren am Sammtgute beeinträchtigen würde. Dies ist indessen durchaus nicht der Fall. Zunächst ist klar, daß von einem solchen Conflict überall dann nicht die Rede sein kann, wenn man als den Nachlaß des Mannes, von welchem der armen Wittwe Kindestheil zukommen soll, nur den Kopftheil desselben am Sammtgut ansieht. Aber selbst wenn man das ganze Sammtgut, oder doch eine jenen Kopftheil übersteigende pars quota oder quanta desselben als väterlichen Nachlaß betrachtet, ist obige Frage zu verneinen. Einmal hat die Unentziehbarkeit des Rechts der Kinder aus einer Sammtgutsehe nur die Bedeutung, daß ihnen ihr Kopftheil nicht durch freigebige Verfügungen des Vaters unter Lebenden oder von Todeswegen geschmälert werden soll. Gegen die oft sehr erhebliche Schmälerung ihres Antheils, die ihnen durch Wiederverheirathung des Vaters erwachsen kann, sind sie nicht geschützt, und es ist kein Grund ersichtlich, warum sie sich nur die Rechtsfolgen einer neuen Sammtgutsehe, nicht auch diejenigen einer unter Herrschaft des gemeinen Rechts stehenden

Ehe gefallen lassen müßten. Sodann aber ist ja der Kopftheil des Vaters von allen Pflichttheils- oder Verfangenschaftsrechten der Kinder erster Ehe frei, und mehr als diesen Kopftheil kann die arme Wittwe unter keinen Umständen bekommen, so daß also überall kein Conflict zwischem dem Recht der Sammtgutsgenossen und dem der armen Wittwe entsteht, geschweige ein unlöslicher.

Ob die Frage, was denn als Nachlaß des Mannes in solchem Falle anzusehen sei, Schwierigkeiten macht, kann hier dahin gestellt bleiben; keinenfalls läßt sich durch diese Schwierigkeiten die Unanwendbarkeit des römischen Rechts der armen Wittwe begründen.

Damit erledigt sich also die erste Beschwerde. Die zweite ist aber ebenso grundlos. Auch wenn man die arme Wittwe als Vermächtnißnehmerin behandelt, können die Erben wegen der bloßen Möglichkeit später auftauchender Erbschaftsschulden, durch welche sich der Antheil der Wittwe noch wieder verringern könnte, keine Caution verlangen. Sonst könnte am Ende nie ein Legatar ohne Caution zum Genuß seines Vermächtnisses gelangen, da immer die Möglichkeit bleibt, daß durch latente Schulden die Erbschaft soweit verzehrt wird, daß der Anspruch auf das Vermächtniß ganz oder theilweise hinwegfällt. Von solcher Cautionspflicht weiß das Recht nichts.

70.

Friedrich Boschen zu Rockwinkel und Heinrich Junge zu Hastedt als Vormünder von Henriette Tietjen, Kläger, wider Johann Tietjen Wittwe, Margarethe geb. Dede zu Hastedt, Beklagte, wegen Widerspruchs gegen eine Veräußerung.

Urtheil vom 5. October 1878.

Stirbt ein Meier ohne letztwillige Verfügung, so fällt nach Bremischem Recht das meierrechtliche Eigenthum an der Stelle mit dem Augenblicke der durch den Tod ein-

tretenden Eröffnung der Succession dem ältesten unversorgten Sohne als dem Anerben ausschließlich zu.

Ob der Sohn als ein versorgter anzusehen sei, richtet sich nach den bei dem Eintritt des Successionsfalles und Erwerbes obwaltenden Verhältnissen.

Auslegung eines Meierbriefes.

Aus den Gründen:

Wie bereits in dem Urtheile vom 8. December 1877 zur Sache Lüder Ellmers Wwe. wider Lüder Ellmers Wwe. vom Ober-Appellations-Gerichte ausgeführt ist, fällt nach bremischem Meierrechte dem ältesten, unversorgten Sohne eines ohne letztwillige Verfügung verstorbenen Meiers als dem Anerben mit dem Augenblicke der durch den Tod seines Vaters eintretenden Eröffnung der Succession das meierrechtliche Eigenthum an der Stelle allein und ausschließlich zu, und vererbt derselbe das dem entsprechend erworbene Recht auf seine Erben.

Der verstorbene Vater der klägerischen Pupillin, Heinrich Tietjen, als unbestritten ältester Sohn seines im Jahre 1855 ohne letztwillige Verfügung verstorbenen Vaters, erwarb daher zumal er sich damals nach den von der Beklagten selbst vorgetragenen, aus [6] dieser Instanz erhellenden Verhältnissen unzweifelhaft in der Gewalt seines Vaters befand, ohne die Nothwendigkeit einer weiteren Erwerbshandlung sofort das meierrechtliche Eigenthum an der streitigen Stelle und vererbte dies sein Recht bei seinem Tode im Jahre 1873 auf die klägerische Pupillin als das einzige Kind aus seiner Ehe.

Daß dies Kind erst nach dem Tode des Vaters geboren wurde, wie Beklagte in dieser Instanz geltend zu machen sucht, ist ein für das Erbrecht desselben gegen seinen vorverstorbenen Vater gleichgültiger Umstand.

Wie aber ferner der verstorbene Vater der klägerischen Pupillin als ein versorgtes und deshalb auf Grund des §. 19 der Verordnung vom 23. Januar 1826 als ein von der Succession in die Stelle ausgeschlossenes Meierkind behandelt werden dürfte, ist ebenfalls nach dem von der Beklagten in dieser Instanz gemachten näheren thatsächlichen Mittheilungen nicht wohl einzusehen

Denn für die Frage, ob ein Meierkind als ein versorgtes anzusehen und deshalb von der Succession auszuschließen sei, können doch nur diejenigen Verhältnisse maßgebend sein, welche bei dem Eintritt des Successionsfalles und Erwerbes vorhanden waren, denn es existirt kein Rechtssatz, welcher bestimmte, daß ein erworbenes meierrechtliches Eigenthum wieder verloren werde oder vom Erwerber auf den nächsten Berechtigten übergehen solle, wenn der Erwerber nach dem Erwerbe in eine Lage gebracht wird oder sich selbst bringt, in welcher er allerdings, wenn dieselbe zur Zeit des Erwerbes vorhanden gewesen wäre, vom Erwerbe ausgeschlossen gewesen sein würde.

Nun ergiebt aber der von der Beklagten in [6] dieser Instanz beigebrachte Todtenschein des Vaters der klägerischen Pupillin, daß derselbe beim Tode seines Vaters erst 7—8 Jahr alt gewesen ist, woraus von selbst erhellt, daß der klägerische Vater, mögen seine Verhältnisse aus dem später von ihm erlernten und geübten Maurerhandwerke gewesen sein, welche sie wollen, damals jedenfalls kein versorgtes und deshalb von der Succession in die Meierstelle ausgeschlossenes Meierkind war.

Am allerwenigsten aber darf Beklagte aus dem ihr und ihrem verstorbenen Ehemanne gemeinschaftlich ertheilten Meierbriefe vom 4. Juni 1836 [9] der Akten des Erbe- und Handfesten-Amts irgend etwas für sie Günstiges herleiten. Namentlich ist auch der von ihr hervorgehobene Umstand, daß jene Bemeierung etwa ein halbes Jahr vor ihrer Verheirathung mit Johann Tietjen dem Meier ertheilt sei, für die von ihr jetzt erhobenen Ansprüche einer selbstständigen Berechtigung an der Stelle zum Mindesten völlig bedeutungslos. Denn durch den wirklich ausgesprochenen Inhalt des Meierbriefes wird der Beklagten in keiner Weise eine über die Rechte und Befugnisse einer aufheirathenden Meierfrau und demnächstigen Meierwittwe hinausgehende Berechtigung verliehen, sie wird in demselben vielmehr stets nur als die Ehefrau des Johann Tietjen erwähnt, dem im Eingange die Stelle eingethan ist, und bereits diese Bezeichnung würde, wenn sie ohne Kenntniß des wahren Sachverhältnisses vorgenommen wäre, nach dem übrigen Inhalte ohne weiteres eine Absicht der Gutsherrschaft, der Beklagten eine selbstständige Berechtigung zu verleihen, aus-

schließen, während, wenn jene Bezeichnung mit dem Bewußtsein der thatsächlichen Unrichtigkeit geschehen wäre, dies geradezu ein Beweis dafür sein würde, daß die Gutsherrschaft der Beklagten ausdrücklich nichts als die Rechte einer aufgeheiratheten Meierfrau habe zugestehen wollen und deren ganze Aufnahme in den Meierbrief nur unter der bedingenden Voraussetzung einer einzugehenden Ehe mit dem Meier erfolgt sei.

Jeden in dieser Beziehung kaum anzuerkennenden Zweifel würde indessen die No. 7 des Meierbriefes beseitigen, in welchem die Gutsherrschaft ausdrücklich verspricht, die Kinder aus der Ehe der Beklagten bei dem Meierechte zu schützen, d. h. zu bemeiern, wenn sie sich innerhalb 6 Wochen nach dem Tode des Vaters zur Erneuerung des Meierrechts gehörig melden würden, eine Bestimmung, durch welche selbstverständlich jede Annahme ausgeschlossen wird, daß der Beklagten beim Vorhandensein von Kindern beim Tode des Vaters ein diesen vorgehendes Successions- oder anderes Recht habe constituirt werden sollen.

Daß endlich die bereits im Jahre 1855 durch den Tod seines Vaters dem verstorbenen Vater der klägerischen Pupillin begründeten und demnächst auf letztere vererbten Anerben- und Eigenthumsrechte nicht durch die spätere von der Beklagten vorgenommene Ablösung des Meierrechts oder den Umstand ausgeschlossen werden können, daß die betreffende Stelle nicht in Gemäßheit des §. 5 des Gesetzes vom 14. Januar 1876, betreffend die Rechtsverhältnisse des Grundbesitzes im Landgebiete, in die Höferolle eingetragen ist und deshalb auf deren Beerbung das sonst gültige Erbrecht Anwendung findet, bedarf kaum irgend einer Ausführung, weil der stattgehabte Freikauf überhaupt in dieser Richtung bedeutungslos, eine Anwendung der Bestimmungen des Gesetzes von 1876 auf vor ihm liegende Successionsfälle aber ausgeschlossen ist.

Es ist daher mit Recht von beiden Vorinstanzen der von den Klägern gegen die von der Beklagten vorgenommene Veräußerung der Stelle erhobene Widerspruch für gerechtfertigt erkannt, und mußte die von der Beklagten hiergegen erhobene Appellation auch in dieser Instanz unter Verurtheilung in die Kosten als unbegründet verworfen werden.

71.

H. Diesenberg zu Bremerhaven, Kläger, wider A. Polack geb. Symens, des G. E. Polack Ehefrau zu Bremerhaven, Beklagte, wegen Servitutenstreits.

Urtheil vom 10. October 1878.

Nach Bremischem Gewohnheitsrecht ist der Kläger, welcher mit der actio negatoria die Existenz einer Servitut, in deren Quasibesitz sich der Beklagte befindet, bestreitet, für beweispflichtig anzusehen.

Tritt an die Stelle des ursprünglich vorhandenen animus domini später der animus servitutis exercendae, so ist darum der auf diese Weise entstandene Quasibesitz der Servitut kein fehlerhafter.

Nach Bremischem Recht erscheint die Lassung als eine originäre Erwerbsart.

Aus den Gründen:

Von den in dieser Instanz aufgestellten Beschwerden des Klägers mußte die erste, daß nicht das Erkenntniß des Amtes Bremerhaven unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten einfach bestätigt sei, deshalb verworfen werden, weil nach Bremischem Gewohnheitsrecht der Satz ganz feststeht, daß bei der actio negatoria derjenige Kläger, welcher die Existenz einer Servitut, in deren Quasibesitz sich der Beklagte befindet, bestreitet, beweispflichtig ist.

Vergl. die Brem. S. Rocholl ca. Liebfrauenkirche, März 1869, Kierulff, Sammlung, Bd. 5, S. 181 und die dort angeführten älteren Entscheidungen.

Das Vorhandensein der der von der Beklagten in Anspruch genommenen servitus protegendi entsprechenden Vorrichtung war nach Lage der Akten als liquid anzusehen, und eben so wenig konnte bezweifelt werden, daß die Beklagte zur Zeit des Proceßanfanges die Absicht hatte, damit ein Recht in Beziehung auf das Grndstück des Klägers auszuüben. Auch würde, welche Rechtsansicht man sonst auch über das Verhältniß des animus domini zum animus servitutis exercendae haben möge,

in dem nachträglichen Eintritte des letztern an die Stelle des erstern kein Grund zu finden sein, um den auf diese Weise zu Stande gekommenen Quasibesitz der Servitut für einen fehlerhaften zu erklären; falls es nämlich bei jenem Rechtssatze überall auf die Fehlerfreiheit des beklagtischen Quasibesitzes ankommen sollte, was hier auf sich beruhen kann. Mithin durfte das Amt nicht die Beklagte mit dem Beweise der Servitutenersitzung belasten und würde insoweit das abändernde Erkenntniß des Obergerichtes nur dann nicht zu billigen sein, wenn das Amt etwa mit Unrecht den Punkt wegen des animus juris exercendi überhaupt noch zum Beweise verstellt hätte und aus irgend einem Grunde vielmehr die Beklagte schon sofort hätte verurtheilen sollen. Dem war aber keineswegs so. Allerdings mag das Amt wohl insofern zu günstig für die Beklagte erkannt haben, als es ihr nicht bloß den Beweis, daß ein früherer Besitzer, sondern auch den, daß sie selbst in der fraglichen Absicht das Dach habe überragen lassen, freigestellt hat, obgleich ihr Anwalt in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich erklärt hatte, die Ersitzung sei nicht von der Beklagten, sondern von deren Rechtsvorgängern ausgegangen. Dieser Umstand ist jedoch schon an sich in der hier fraglichen Beziehung unerheblich, und kommt jetzt überhaupt nicht mehr in Betracht, nachdem der Kläger sich in voriger Instanz über die Ausdehnung des Ersitzungsbeweises auf die Person der Beklagten selbst nicht beschwert hat.

— — — — — — — — — — — — — —

Die Beklagte hatte sich darüber beschwert, daß die Einrede der Verjährung der angestrengten actio negatoria abgewiesen sei. Das Ober-Appellations-Gericht trat den Vorderrichtern in folgender Ausführnng bei:

Zwar der Grund des Obergerichts, daß die Eigenthumsstörung hier in einer noch gegenwärtig bestehenden, mithin fortdauernden, das klägerische Eigenthum verletzenden Einrichtung des beklagtischen Grundstückes bestehe, und daher von einer Verjährung der Klage nicht die Rede sein könne, erschien äußerst bedenklich. Aber für entscheidend mußte gelten, daß der Kläger seine actio negatoria auf eine unbestritten erst am 24. October 1876, also ganz neuerdings vollzogene Lassung gestützt hat. Denn die Lassung ist nach §. 13, Abs. 1 der Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1860 eine originäre

Erwerbsart, so daß die zweifelhafte Frage, ob bei abgeleitetem Eigenthumserwerbe des Klägers der Beklagte die Einrede der Klagverjährung auch aus der Person der Rechtsvorgänger der erstern begründen könne, hier keinen Raum findet.

72.

G. W. Huchting zu Rockwinkel, Kläger, wider Johann Kämena zu Rockwinkel, Beklagten, wegen Wegegerechtigkeit, jetzt geführten Beweis betreffend.

Urtheil vom 12. October 1878.

Die Ersitzung einer Wegegerechtigkeit setzt voraus, daß der Ersitzende die Ersitzungshandlungen mit dem Willen, dadurch ein ihm zustehendes Privatrecht auszuüben, vorgenommen habe. Der Beweissatz ist dem entsprechend zu formuliren.

Aus den Gründen:

in Erwägung:

daß zur Ersitzung der hier fraglichen Wegegerechtigkeit erforderlich ist, daß der Beklagte die betreffenden Handlungen vorgenommen habe mit dem Willen, dadurch ein ihm zustehendes Privatrecht auszuüben,

hieraus aber nur die Nothwendigkeit einer entsprechenden Beweisauflage sich ergiebt, — keineswegs aber mit dem Obergerichte zu folgern ist, Beklagter müsse jenen Willen auch dann beweisen, wenn derselbe ihm im Beweis-Interlocut nicht zu Beweis gestellt worden;

daß das Untergericht zwar nicht — wie es correkter Weise hätte thun sollen — in das Beweisthema einen entsprechenden Zusatz aufgenommen, wohl aber in den Entscheidungsgründen durch die Bezugnahme auf zwei Präjudicate des hiesigen Ober-Appellations-Gerichts und des vormaligen Ober-Appellations-Gerichts Celle nothdürftig zu erkennen gegeben hat: dem Beklagten solle durch

das Beweisthema auch der Beweis auferlegt sein, daß er das Gehen und Fahren auf dem fraglichen Wege mit dem Willen, ein Privatrecht auszuüben, vorgenommen habe;

daß Beklagter, wenn die Bedeutung jener Citate ihm unklar war, eine Erläuterung des Erkenntnisses beim Untergericht hätte beantragen sollen, nicht aber das Erkenntniß ohne weiteres in dem ihm günstigsten Sinne auszulegen befugt war.

73.

Conrad Behrens in Bremen, Kläger, wider Friedrich Philipp Thiemann in Bremen, Beklagten, wegen Herausgabe von Handfesten.

Urtheil vom 28. October 1878.

Der Handfestengläubiger erwirbt an der Handfeste, welche er empfängt, nicht das Eigenthum, sondern ein Pfandrecht.

Werthpapiere aller Art gehören nicht zu den „Waaren oder anderen beweglichen Sachen" im Sinne des Art. 306 des Handelsgesetzbuchs.

Der Eigenthumserwerb des Art. 306 setzt ein zur Uebertragung von Eigenthum bestimmtes Geschäft voraus, so daß ein putativer Titel nicht als genügend anzusehen ist. Ebenso wird durch Abs. 2 das. nur derjenige redliche Pfandnehmer geschützt, welcher ein zur Begründung eines Pfandrechts an sich geeignetes Geschäft geltend machen kann.

Dem Erwerber eines Anspruchs können die dawider bestehenden Einreden entgegengesetzt werden, selbst wenn sie demselben beim Erwerbe unbekannt waren.

Aus den Gründen:

I. Mit Recht ist von den Vorinstanzen die angestellte Klage als Vindikation der fr. Handfesten aufgefaßt. Denn in der Klage ist — namentlich mit Rücksicht auf die ihr in der mündlichen Verhandlung vom Kläger gegebene Erläuterung — die Be-

hauptung zu erblicken, daß Kläger ursprünglich Eigenthümer der Handfesten gewesen sei. Beklagter hat diese Behauptung nicht bestritten und den Besitz der fraglichen Urkunden zugestanden.

Daher ist die auf Herausgabe der Handfesten gerichtete Klage an sich begründet und liquide.

II. Die Einreden des Beklagten sind zweifacher Art. Beklagter behauptet einestheils, Kläger habe sein Eigenthum wieder verloren, und anderntheils, dem Beklagten stehe ein gegen die Eigenthums-Ansprüche des Klägers geschütztes Pfandrecht an den Handfesten zu.

Was

A. Die Einrede des Eigenthums-Verlustes betrifft, so erblickt Beklagter solchen:

1., in der Uebergabe der Handfesten seitens des Klägers an seinen Gläubiger Osmer. Indeß, wie auch die Vorinstanzen annehmen, mit Unrecht. Denn die Handfeste ist die Repräsentantin einer zum Zweck der Verpfändung eines Grundstücks ausgeschiedenen Werthquote desselben; sie soll das Faustpfand am Grundstück ersetzen. Daher erwirbt der Pfandgläubiger, welcher anstatt des Grundstücks die Handfeste empfängt, an letzterer nicht Eigenthum, sondern Pfandrecht.

Hiermit stimmt auch die Ausdrucksweise der Erbe- und Handfesten-Ordnung überein in §. 113, wo die zur Sicherung einer Forderung erfolgende Uebergabe der Handfeste „Versetzen" genannt, und in §. 119, wo die Worte „Versetzen" und „Verpfänden" einer Handfeste offenbar als gleichbedeutend gebraucht werden.

2., Beklagter meint sodann, der Cessionar Lammert habe vom Cedenten Osmer und dann Beklagter von Lammert in gutem Glauben den Besitz und daher nach Art. 306 des Handelsgesetzbuchs das Eigenthum der fraglichen Handfesten erworben und hierdurch habe Kläger sein Eigenthum verloren.

Von den Voraussetzungen des Art. 306 liegt jedenfalls vor die körperliche Uebergabe der Handfesten an den Erwerber Lammert bezw. den Beklagten.

Nach §. 30 des Bremischen Einführungs-Gesetzes zum Handels-Gesetzbuch ist die Anwendbarkeit des Art. 306 weder durch

Kaufmanns-Qualität des Veräußerers noch auch dadurch bedingt, daß die Veräußerung im Betriebe des Handelsgewerbes vorgekommen ist.

Daher ist im vorliegenden Falle zum Eigenthums-Erwerb des Erwerbers nur nöthig:

a., dast Handfesten zu den „beweglichen Sachen" im Sinn des Art. 306 des Handels-Gesetzbuches gehören;

b., daß die Uebergabe erfolgt ist auf Grund eines an sich zur Eigenthums-Uebertragung geeigneten Veräußerungs-Geschäfts,

c., daß Lammert bezw. Beklagter ein „redlicher" Erwerber gewesen sei.

Zu a: Daß nach richtiger Auslegung des Art. 306 Werthpapiere aller Art, und daher auch Handfesten, nicht zu den „Waaren oder anderen beweglichen Sachen" gehören, sondern eine besondere Kategorie von körperlichen Gegenständen bilden, deren Veräußerung vom Handels-Gesetzbuch nicht geregelt worden, ist aus den von

> Goldschmidt, Zeitschrift, IX. 8—11. Handelsrecht I. 529,
> Puchelt, Comment. II. zu Art. 305 Note 3 und Art. 306 Note 3,
> Thöl, Handelsr. 5. Aufl. I. §. 234, Note 4,
> R.-Ob.-Hand.-Ger. Entsch. VII. 124 ff.

entwickelten Gründen unbedenklich anzunehmen.

Beklagter meint aber, daß in Folge der im §. 123 der Brem. Erbe- und Handfesten-Ordnung unter d 2 enthaltenen Vorschrift alle verbrieften Forderungen und deswegen auch Handfesten als bewegliche Sachen im Sinne des Art. 306 des Handels-Gesetzbuchs zu behandeln seien, und beruft sich für diese Ansicht auf die Urtheile des Ober-Appellations-Gerichts in Sachen Cornelius ca. Meier, 1873 und Abbes ca. Gutmann, Juli 1876.

Das Ober-Appellations-Gericht hat in diesen Urtheilen nur verbriefte Forderungen, nicht ausdrücklich auch Handfesten, für bewegliche Sachen im Sinne des Art. 306 erklärt. Einer anderweiten Prüfung und Erörterung der zweifelhaften Frage darf das Ober-Appellations-Gericht gegenwärtig sich enthalten, weil, auch wenn dieselbe im Sinne des Beklagten entschieden wird, der Art. 306 hier nicht anwendbar ist.

Denn

zu b: es fehlt hier an einem geeigneten Veräußerungs-Geschäft. Der Art. 306 erfordert eine „Veräußerung", also ein Geschäft, welches zur Uebertragung von Eigenthum bestimmt ist und nur wegen Mangels des Eigenthums des Veräußerers den Erwerber nicht zum Eigenthümer macht. Dieser Mangel — aber auch nur dieser — wird durch den guten Glauben d. i. die entschuldbare Unbekanntschaft des Erwerbers mit dem Nicht-Eigenthum des Veräußerers, ersetzt. Ein Putativ-Titel ist nicht genügend.

Eine Veräußerung in jenem Sinne liegt hier nicht vor. Denn Osmer wollte durch Cession seiner Forderung und Uebergabe der Handfesten zweifellos nur die ihm selber an den Handfesten zustehenden Rechte an Lammert übertragen. Er selber hatte aber, wie vorher dargelegt, an den Handfesten nicht Eigenthum, sondern nur Pfandrecht.

Gleiches gilt von der Uebertragung der Handfesten seitens Lammert's auf Beklagten.

zu c: Wäre übrigens auch ein Putativ-Titel genügend, so wäre doch zur Redlichkeit des Erwerbers Entschuldbarkeit des Irrthums erforderlich.

Der angebliche Irrthum Lammert's bezw. des Beklagten betrifft aber nur die rechtliche Bedeutung des Handfesten-Versatzes und der Weiterbegebung der Handfesten, ist also ein Rechtsirrthum, daher nach der Regel des Rechts unentschuldbar.

Ganz gleichgültig für die vorliegende Einrede ist die von den Parteien und den Vorinstanzen vornemlich erörterte Frage: ob Lammert bezw. Beklagter beim Erwerbe der Handfesten die durch den Revers vom 5. Mai 1876 begründete Umtausch-Verpflichtung Osmer's gekannt habe oder nicht. Denn diese Verpflichtung war nur eine obligatorische, machte aber Osmer an sich nicht unfähig, die Handfesten weiter zu veräußern. Folglich kann die Unbekanntschaft mit jener Verpflichtung Osmer's den Lammert bezw. den Beklagten nicht zum redlichen, die Bekanntschaft damit ihn nicht zum unredlichen Erwerber machen.

B., Die Einrede des Pfandrechts anlangend, so ist

1., die Behauptung des Beklagten, daß er als redlicher

Pfandnehmer auf Grund des Art. 306, 2. Absatz des Handels-Gesetz-Buchs gegen die Klage geschützt sei, aus gleichen Gründen wie die unter A. 2 erörterte Einrede des Eigenthums-Verlustes fehlsam.

Denn Art. 306, Abs. 2 des Handels-Gesetz-Buchs schützt nur denjenigen redlichen Pfandnehmer, welchem von einem Nicht-Eigenthümer eine bewegliche Sache verpfändet und übergeben ist, gegen den Eigenthums-Anspruch des wahren Eigenthümers. Erforderlich ist also ein zur Begründung eines Pfandrechts an sich — abgesehen vom Nicht-Eigenthum des Verpfänders — geeignetes Geschäft. Osmer hat aber dem Lammert und dieser dem Beklagten nicht ein Pfandrecht neu bestellen, sondern nur das vom Kläger dem Osmer bestellte Pfandrecht übertragen wollen. Ueberdies würde auch hier der Irrthum des Pfandnehmers ein unentschuldbarer Rechtsirrthum und daher zur Begründung der Redlichkeit nicht geeignet sein.

2., Dagegen ist — den Beweis der vom Beklagten behaupteten Cessionen vorausgesetzt — das vom Kläger dem Osmer bestellte Pfandrecht zugleich mit der durch die verpfändeten Handfesten gesicherten Forderung mittelst Cession auf Lammert und dann auf Beklagten übergegangen. Diesem steht also gegen die Vindication des Klägers die exceptio hypothecaria aus der Person des Vormannes Osmer zu.

Es fragt sich aber, ob diese illiquide Einrede nicht durch eine liquide Replik geschlagen werde.

Das Obergericht bejaht die Frage, weil Osmer in dem Reverse vom 5. Mai 1876 auf das Pfandrecht an den Handfesten unter der Bedingung des Empfangs der dort bezeichneten anderen Handfesten verzichtet habe und der Eintritt dieser Suspensiv-Bedingung vom Beklagten durch Zurückweisung der in der Klage ihm angebotenen Handfesten vereitelt, also jetzt zu fingiren sei.

Dieser Argumentation steht jedoch der klare Wortlaut des fraglichen Reverses entgegen. Darin ist weder von Verzicht noch von Bedingung die Rede; sondern Osmer „verpflichtet" sich nur obligatorisch, gegen Empfang der schlechteren Handfesten mit den zuerst empfangenen besseren „zurückzutreten", d. h. diese dem Kläger zurückzugeben. Durch das klägerische Anbieten

der neuen Handfesten ist nur diese obligatorische Verpflichtung Osmer's existent geworden, nicht aber das bisherige Pfandrecht ohne Weiteres erloschen.

Das Untergericht erachtet eine replica doli für liquide, weil Osmer durch die Weiterbegebung der Handfesten an Lammert mit Rücksicht auf seine durch den Revers vom 5. Mai 1876 übernommene Umtausch-Verpflichtung eines dolus gegen den Kläger sich schuldig gemacht habe und Beklagter, welcher jetzt die dolose Handlungsweise Osmer's kenne, durch Berufung auf sein Pfandrecht „des dolus Osmer's sich theilhaftig mache:"

Dieser Argumentation kann nicht beigeflichtet werden.

Es ist nicht klar, worin das Gericht einen dolus Osmer's erblickt: ob schon im Cediren der Forderung und des Pfandrechts, oder aber darin, daß Osmer seinem Cessionar die Umtausch-Verflichtung verschwiegen hat. Weder das Eine noch das Andere enthält einen dolus gegen den Schuldner.

Die Cession nicht, weil Osmer ja dazu zweifellos befugt war, auch zur Zeit der Cession noch gar nicht wußte, ob Kläger von seiner Umtausch-Berechtigung Gebrauch machen werde. Durch die Cession wurde der Kläger nicht geschädigt: Osmer blieb natürlich fortwährend zum Umtausch verpflichtet. Auch blieb er dazu befähigt. Eine Unmöglichkeit, seine Verpflichtung zu erfüllen, trat nicht ein.

Eben so wenig enthält das Verschweigen der Umtausch-Verpflichtung bei Vornahme der Cession einen dolus gegen den Kläger. Dieses Verschweigen kann zwar einen dolus gegen den Cessionar enthalten, da diesem eine mit einer Einrede behaftete Forderung cedirt wurde; — nicht aber gegen den Kläger. Dieser wäre in keiner besseren Lage gewesen, wenn Osmer die Umtausch-Pflicht dem Cessionar angezeigt hätte, — hätte namentlich dann kein Klagrecht gegen den Cessionar gehabt. Folglich ist er durch jene Nicht-Anzeige nicht geschädigt.

Sodann ist aber — auch wenn Osmer dolos gegen Kläger gehandelt hätte — zu bestreiten, daß Beklagter durch seine jetzige Einrede „des dolus Osmer's sich theilhaftig macht." — Vorausgesetzt wird hier ja vom Gerichte der dem Beklagten günstigste Fall, daß nämlich Beklagter beim Erwerbe der Forderung und

des Pfandrechts die Umtausch-Verpflichtung Osmer's nicht gekannt habe. War Beklagter beim Erwerbe in bona fide, so darf er sein rechtmäßig erworbenes Recht geltend machen.

Daß Beklagter durch diese Geltendmachung nachträglich Theilnehmer des längst abgeschlossenen dolosen Verfahrens Osmer's um deswillen werde, weil Beklagter jetzt den dolus Osmer's kenne, ist juristisch nicht zu construiren.

Gleichwohl steht der beklagtischen Einrede eine liquide Replik entgegen.

Denn Beklagter, welcher einredeweise die durch Cession auf ihn übergegangene actio hypothecaria Osmer's geltend macht, muß nach allgemeinen Grundsätzen die dieser actio des Cedenten entgegenstehenden Einreden hier als Repliken sich gefallen lassen. Osmer aber war obligatorisch verpflichtet, nach Empfang der im Reverse bezeichneten schlechteren Handfesten die ihm versetzten besseren dem Kläger zurückzugeben, dann also sein Pfandrecht an letzteren nicht mehr geltend zu machen.

Dessen trotzdem erfolgender Geltendmachung kann Kläger mit der exceptio pacti begegnen.

Diese exceptio darf jetzt der Kläger replicando dem Beklagten opponiren, da Kläger in der Klage die fraglichen neuen Handfesten dem Beklagten zum Umtausch realiter offerirt hat.

Gegen diese Replik vertheidigt Beklagter sich mittelst der Duplik, daß er beim Erwerb der Handfesten das pactum, worauf die Replik sich stützt, nicht gekannt habe. Indeß ohne Erfolg. Denn ein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts, daß der Erwerber eines Anspruches die dawider bestehenden, beim Erwerbe ihm unbekannt gewesenen Einreden sich nicht gefallen zu lassen brauche, ist bisher dem gemeinen wie dem bremischen Rechte unbekannt und insbesondere bezüglich handfestarischer Ansprüche aus §. 119 der Erbe- und Handfesten-Ordnung nicht zu entnehmen.

74.

B. Steinbrügge, H. Hünecke und Obergerichtsanwalt Hildebrand zu Bremen, als Vormünder der minderjährigen Kinder des weiland Gerhard Stehnken zu Burg, Georg und Ludwig Stehnken, jetzt Georg Stehnken zu Burg, Liquidanten, wider Obergerichtsanwalt H. W. Ahues, J. G. S. Sievers und Raimund Scipio zu Bremen, als Kuratoren der Concursmasse von Karl Friedrich August Brandt und dessen Ehefrau Wilhelmine geb. Pape zu Burg, Liquidaten, wegen Herausgabe einer Stelle.

Urtheil vom 2. November 1878.

Eine Stelle im Sinne der Bremischen Verordnung vom 23. Januar 1826 ist ein bebautes Grundstück, welches nach Art und Größe einen selbstständigen landwirthschaflichen Betrieb gestattet.

Aus den Gründen:

in Erwägung:

daß die vom weiland Gerhard Stehnken hinterlassenen Grundstücke in Gemäßheit der Bremischen Verordnung vom 23. Januar 1826 ausschließlich auf dessen ältesten Sohn Georg als den Anerben vererbt sind, falls diese Grundstücke eine „Stelle" im Sinne jener Verordnung bilden;

daß unter einer „Stelle" — welcher Ausdruck in den §§. 17 bis 21 als gleichbedeutend mit „Hof" und „Gut" gebraucht wird — nur ein bebautes Grundstück zu verstehen ist, welches nach Art und Größe einen wenn auch nur geringen selbstständigen landwirthschaftlichen Betrieb gestattet;

daß die aus 5½ Morgen Acker- und Wiesenland bestehenden und mit zwei Häusern bebauten Stehnken'schen Immobilien ungeachtet der von den Liquidaten dawider geltend gemachten Bedenken als eine „Stelle" in jenem Sinne aufzufassen sind, theils mit Rücksicht auf ihre Art und Größe und ihren in der Profession behaupteten und von den Liquidaten nicht bestrittenen Werth von mehr als 9000 Mark, theils und besonders deswegen, weil sie —

wie von den Liquidaten in zweiter und den Liquidanten in jetziger Instanz angegeben ist — früher im Meierverbande gestanden haben;

hiernach die Appellation der Liquidaten unbegründet ist und die eventuelle Adhäsion nicht weiter in Betracht kommt.

75.

Johann Michael Busch in Bremen, Kläger, wider den Bremischen Staat, Beklagten, wegen Eigenthumsstörung.

Urtheil vom 9. November 1878.

Oeffentliche Gebrauchsrechte an Wegen gehen durch Nicht-Angabe während der Abkündigungsfrist nicht verloren.

Der Grund und Boden öffentlicher Wege kann im Eigenthum von Privatpersonen stehen.

Das Legen von Wasserleitungs- und Ablaufsröhren in Privatwegen allein bedarf keiner baupolizeilichen Erlaubniß.

Der Kläger hatte Wasserleitungs- und Ablaufsröhren in einen nach seiner Behauptung ihm gehörigen Weg gelegt. Nachdem die Polizeidirection durch Strafbefehle die Beseitigung derselben erzwungen hatte, wurde er klagbar und beantragte, 1., dem Staate aufzugeben, sich aller Eingriffe in sein Eigenthum zu enthalten, 2., den Weg für sein Privateigenthum anzuerkennen, 3., den Staat zum Ersatz des ihm durch die unfreiwillige Aufnahme der Röhren erwachsenen Schadens zu verurtheilen. Der Staat machte demgegenüber geltend, daß der Weg ein öffentlicher sei, jedenfalls aber öffentliche Gebrauchsrechte an demselben beständen; wogegen der Kläger der Ansicht war, daß der Beklagte etwaiger Rechte dadurch verlustig gegangen sei, daß er es unterlassen habe, dieselben s. Z. bei der auf ihn erfolgten Verlassung des Grundstücks rechtzeitig zum Angabe-Protokoll anzugeben.

Aus den Gründen:

in Erwägung:

1., daß die klägerische Beschwerde Anerkennung der Replik

bezweckt: daß das beklagtischer Seits behauptete Recht zum öffentlichen Gebrauch des fraglichen Weges durch Nicht-Angabe auf erfolgte Lassung erloschen sei;

daß indeß nach richtiger Auslegung der §§. 31—33 der Erbe- und Handfesten-Ordnung derartige öffentliche Gebrauchsrechte schon vor Erlaß der Novelle vom 10. Juni 1876 der Angabepflicht nicht unterlagen und durch Nicht-Angabe nicht erloschen, — wie das Ober-Appellations-Gericht in Sachen Huchting wider den Landherrn im Urtheil vom 1. Juni 1878 ausführlich dargelegt hat;

2., die beklagtische Appellation betreffend.

a., zur ersten Beschwerde:

daß die in der klägerischen Lassung vorkommenden, auf den jetzt streitigen Weg unbestrittenermaßen sich beziehenden Worte:

„der Fußweg im Südosten gehört zu diesem Lande"

nach ihrer regelmäßigen Bedeutung und ihrem Zusammenhange mit dem übrigen Inhalt der Lassung nicht von einer dem klägerischen Grundstück zustehenden Fußwegs-Gerechtigkeit, sondern mit den vorigen Instanzen dahin zu verstehen sind: daß der Grund und Boden des fraglichen Weges einen Theil des gelassenen Grundstücks bilde und dem Eigenthümer des letzteren gehöre;

daß eine Angabe von Eigenthumsrechten Dritter nicht erfolgt, mithin Kläger durch die Lassung Eigenthümer des fraglichen Weges geworden,

das klägerische Eigenthum also mit Recht für liquide erkannt ist;

b., daß, wie vom Ober-Appellations-Gericht bereits häufig erkannt worden, der Grund und Boden öffentlicher Wege im Eigenthum von Privatpersonen stehen kann, also die beklagtische Behauptung, daß der Weg ein öffentlicher sei, gegenüber der ersten und dritten Klagbitte unerheblich ist;

c., daß die Vorinstanzen den Entschädigungs-Anspruch des Klägers für den Fall, daß Beklagter die Oeffentlichkeit des Weges nicht beweist, als begründet anerkannt haben und Beklagter mittelst der dritten Beschwerde die unbedingte Verwerfung jenes Anspruches, mithin auch für den Fall begehrt, daß der Weg ein reiner Privatweg des Klägers ist;

daß Beklagter zur Begründung dieser Beschwerde in zweiter Instanz auf §. 2 der Bauordnung vom 25. Mai 1863 sich berufen

hat und auf Grund dieser Vorschrift ausgeführt hat: Kläger habe zum Legen der fraglichen Röhren in den Weg unter allen Umständen polizeilicher Erlaubniß bedurft, diese aber nicht erwirkt; daher sei die klägerische Handlung gesetzwidrig und das polizeiliche Einschreiten gesetzmäßig gewesen;

daß der Ansicht des Obergerichts, diese Ausführung des Beklagten enthalte ein unzulässiges novum, nicht beizupflichten ist, weil das Gericht den §. 2 der Bauordnung von Amtswegen anwenden, mithin die dort bezeichneten Handlungen so lange für gesetzwidrig erachten muß, bis die Ertheilung der polizeilichen Erlaubniß dargethan worden;

daß die Kläger bisher lediglich „Wasserleitungs- und Ablaufs-Röhren in den fraglichen Weg gelegt", dieselben aber mit der öffentlichen Wasserleitung noch nicht verbunden und überhaupt zu einer Wasserleitung noch nicht benutzt hat; eine solche Anlage zwar einen künftigen Wasserlauf ermöglichen soll, aber nicht selber schon einen „Wasserlauf" bildet;

auch nicht „straßenwärts", sich befindet, wenn, wie hier vorausgesetzt wird, der Weg kein öffentlicher ist;

mithin nicht zu den im §. 2 der Bauordnung an baupolizeiliche Erlaubniß gebundenen Anlagen gehört;

die Polizeibehörde daher zu dem fraglichen Befehle noch nicht befugt war, wenn öffentliche Gebrauchsrechte an dem Wege nicht bestanden und daher durch die klägerischen Handlungen nicht beeinträchtigt werden konnten;

in solchem Falle also der Beklagte mit Recht für verpflichtet erkannt ist, dem Kläger den durch die rechtswidrige Polizei-Maßregel verursachten Schaden zu erstatten;

d., daß auch die vierte Beschwerde zu verwerfen, weil die Behauptung des Beklagten, daß der fragliche Weg ein öffentlicher Weg sei, eine Einrede, also vom Beklagten zu erweisen ist.

76.

Christian Lange zu Bremen, Kläger, wider Friedrich Noltenius zu Bremen, Beklagten, Forderung, jetzt geführten Beweis betreffend.

Urtheil vom 7. Januar 1879.

Aus der Unterzeichnung einer ein mündliches Abkommen in einem wesentlichen Punkte unrichtig oder unvollständig wiedergebenden Urkunde seitens der Contrahenten folgt ein Aufgeben der früheren abweichenden Beredung nur dann nicht, wenn besondere Umstände ergeben, daß eine Willensänderung aus der Unterzeichnung nicht zu entnehmen sei.

Die Parteien hatten mündlich einen Schiedsvertrag abgeschlossen und nachher die folgende darauf bezügliche Urkunde unterzeichnet: „Die Unterzeichneten, Herr F. Noltenius als Bauherr und Herr C. Lange als Unternehmer der Bauarbeiten zum Landhause rc. in Borgfeld, haben unter sich folgende Uebereinkunft getroffen, in Bezug auf den wirklichen Kostenpunkt für die von Herrn C. Lange hergestellten Baulichkeiten: daß, um die Schlußabrechnung machen zu können, jeder der beiden genannten Herren sich einen Sachverständigen wähle, welche beide alsdann unter sich einen dritten Sachverständigen als Obmann ernennen. Diese drei Herren übernehmen die gewissenhafte Berechnung der oben erwähnten Arbeiten und die Herren F. Noltenius und C. Lange verpflichten sich gegenseitig zur Annahme des sich ergebenden Resultats und verzichten auf jede weitere Einrede und Gerichtsbarkeit".

— — — — — — — — — — — — — —

(gez.) C. Lange.
„ F. Noltenius.

Die Parteien geriethen demnächst in Streit über die Tragweite der zwischen ihnen getroffenen Vereinbarung. Der Kläger behauptete daß Beklagter diejenige Summe zu zahlen verpflichtet sei, welche die Sachverständigen als angemessen berechnen würden. Der Beklagte hielt dafür, daß nur die Prüfung und Feststellung der schon früher vom Kläger vorgelegten Rechnung seitens der Sach-

verständigen habe erfolgen sollen und er daher über die in dieser angesetzte Summe hinaus niemals zahlungspflichtig sei. Das Ober-Appellations-Gericht folgerte in seinem Urtheile vom 3. November 1877 aus der Entstehungsgeschichte der oben angegebenen Urkunde, daß die Entscheidung von der seitens der Contrahenten getroffenen, der Unterzeichnung der Urkunde vorangegangenen Uebereinkunft abhange, und verstellte dem Kläger zum Beweise, „daß die Parteien übereingekommen seien, daß diejenige Summe, zu welcher von den Sachverständigen der Betrag der Baukosten werde geschätzt werden, auch soweit sie die vom Kläger berechnete Summe übersteigen möchte, dem Kläger als die ihm gebührende Gegenleistung berechnet werden solle.“ Derselbe trat diesen Beweis durch jene Urkunde und Eideszuschiebung an. Das Untergericht erachtete den Beweis als bis zum Ergänzungseide, das Obergericht als nur bis zum Reinigungseide erbracht. Das Ober-Appellations-Gericht bestätigte das obergerichtliche Erkenntniß unter Bezugnahme auf die vom Obergericht abgegebenen Entscheidungsgründe. In den letzteren heißt es wie folgt:

Durch das Urtheil des Ober-Appellations-Gerichts vom 3. November 1877 ist dem Kläger der Beweis auferlegt:

> „daß die Parteien überein gekommen seien, daß diejenige Summe, zu welcher von den Sachverständigen der Betrag der Baukosten werde geschätzt werden — auch soweit sie die von Kläger berechnete Summe übersteigen möchte — dem Kläger als die ihm gebührende Gegenleistung berechnet werden solle. —“

Der in dies Beweisthema aufgenommene Passus — „auch soweit sie die vom Kläger berechnete Summe übersteigen möchte,“ hat nicht die Bedeutung einer speciellen Beweisauflage über diesen besonderen Punkt, sondern nur die einer Erläuterung des vom Kläger geforderten Beweises der Uebereinkunft der Parteien in dem von ihm behaupteten Sinne, welche von dem Beklagten in Abrede gestellt ist. Kläger hat diesen Beweis, abgesehen von der eventuellen Eidesdelation, principaliter lediglich durch die Urkunde [3] der Vorakten angetreten, der Beklagte gegenbeweislich auf die die Entstehung der Urkunde begleitenden Umstände sich berufen und drei Zeugen denominirt, deren Vernehmung stattgefunden hat.

In der vom Beklagten jetzt angefochtenen Entscheidung des Untergerichts ist der Beweis des Klägers durch die Urkunde für mehr als zur Hälfte geführt erkannt, dem Gegenbeweise des Beklagten jede Bedeutung abgesprochen. Eine nochmalige Prüfung der Sache namentlich in Beihalt der Entscheidungsgründe zu dem vom Ober-Appellations-Gerichte erlassenen Interlokute hat indeß das Obergericht ein andres Resultat aus dem Beweisverfahren gewinnen lassen müssen.

Der Wortlaut der Urkunde an sich läßt allerdings die Auslegung zu, daß der „Vertrag", den dieselbe dokumentirt, in dem vom Kläger behaupteten Sinne von den Parteien abgeschlossen sei, nämlich dem, daß unabhängig von der vom Kläger aufgestellten Rechnung über die ihm zukommende Bausumme der wirkliche, nach unparteiischer Schätzung der Sachverständigen sich ergebende Betrag der Kosten der vom Kläger hergestellten Baulichkeiten qu. vom Beklagten unter Verzicht auf jede weitere Einrede als dem Kläger zukommend anerkannt werde.

Allein diese Schlußfolgerung ist keine absolut nothwendige, mit dem Wortlaute ist auch eine Auffassung des Inhalts des Vertrages im Sinne des Beklagten verträglich. Von einer Rechnung oder Forderung des Klägers als Gegenstand einer Prüfung der Sachverständigen oder als Grundlage für die „Schlußabrechnung" der Parteien ist in der Urkunde freilich nicht die Rede, und wenn diese vollständig den Vertrag, wie er nach der Behauptung des Beklagten von den Parteien geschlossen sein soll, fixiren sollte, hätte der klägerischen Rechnung als eines wesentlichen Punktes darin Erwähnung geschehen müssen. Die Unterzeichnung einer in einem wesentlichen Punkte das Abkommen der Contrahenten unrichtig oder unvollständig widergebenden Urkunde rechtfertigt der Regel nach die Annahme, daß der Unterzeichner den Inhalt so wie er ist anerkennt, wesentliche in der Urkunde nicht oder verändert aufgenommene Abreden kraft seiner Unterzeichnung aufgiebt. Diese Folgerung wird aber unzulässig, wenn besondere Umstände ergeben, daß eine von einer vorhergegangenen Uebereinkunft abweichende Willensänderung aus der Unterzeichnung nicht zu entnehmen sei und in der Urkunde selbst solcher Aenderung nicht klar und bestimmt Ausdruck gegeben ist.

(cfr. Entsch. des R.-O.-H.-G. Bd. II. S. 186, 187.)

Derartige Umstände liegen nun aber in concreto vor und der Beklagte hat sich darauf zur Entkräftung der ihm nachtheiligen Folgerung aus der Urkunde berufen.

Denn aus der Ueberschrift derselben „Vertrag“ etwa zu entnehmenden Argumente gegenüber ist zunächst darauf hinzuweisen, daß ein neuer selbstständiger Vertrag mit der Urkunde nicht abgeschlossen ist, vielmehr steht nach der vom Kläger als zugestanden anzunehmenden Behauptung des Beklagten fest,

Entschgr. des O.-A.-G. [19] S. 5.

daß die Parteien die mündliche Vereinbarung getroffen haben, Sachverständige zu ernennen und durch dieselben eine Entscheidung der zwischen ihnen obschwebenden Differenz herbeizuführen. Wenn nicht schon in dieser mündlichen Vereinbarung es enthalten war, daß die Parteien dem Gutachten der Sachverständigen unweigerlich sich unterwerfen wollten, so war ein neuer Vertrag mit der Urkunde doch nur dahin abgeschlossen, daß der Ausspruch der Sachverständigen keiner Anfechtung unterliegen solle. Der Zweck dieses Abkommens war die Sachverständigen zu beruhigen, sie überall zur Abgabe ihres Gutachtens zu bestimmen. Wäre der Abschluß eines von der mündlich getroffenen Uebereinkunft weitergehend abweichenden Vertrags die Absicht gewesen, so hätte dies klar und bestimmt in der Urkunde ausgedrückt werden müssen, was eben nicht geschehen ist, indem die gebrauchten Ausdrücke, wonach die Parteien sich gegenseitig „zur Annahme des sich ergebenden Resultats“ verpflichten und „auf jede weitere Einrede und Gerichtsbarkeit verzichten“, auch mit jener mündlichen Uebereinkunft in Einklang stehen.

cf. [19] S. 7.

Werden nun, wie es geschehen muß, zur Interpretation der Urkunde die außerhalb derselben liegenden Momente herangezogen, so erscheinen als wesentliche dafür die Umstände, welche zur Entstehung der Urkunde Veranlassung gegeben haben und der Vereinbarung, welche dieselbe fixiren sollte. Der zugestandene Zweck derselben war, eine Entscheidung der obschwebenden Differenzen unter den Parteien herbeizuführen. Worin bestand diese Differenz? Nur darin, ob der Kläger die von ihm geforderte Summe beanspruchen

könne oder nur weniger, nur so viel als der Beklagte ihm zubilligte. Daß davon, daß Kläger von Rechtswegen noch mehr erhalten müsse, als er gefordert, unter den Parteien die Rede gewesen sei, der Kläger ausdrücklich den Beklagten darauf aufmerksam gemacht habe, das Resultat einer Schätzung von Sachverständigen, auf welche Beklagter provociren wolle, könne die Feststellung eines den Betrag seiner Forderung noch übersteigenden Guthabens des Klägers sein, ist vom Kläger zwar behauptet, aber bestritten und nicht bewiesen. An sich als in der Natur der Sache begründet oder nur wahrscheinlich kann es nicht angesehen werden, daß Beklagter sich anheischig gemacht habe, eine weitere Chance zu laufen, als die, sich verpflichtet zu sehen, die klägerische Rechnung zum Vollen zu bezahlen. In dieser Beziehung ist denn auch der vom Beklagten erbrachte Gegenbeweis wenigstens adminiculirend von einiger Bedeutung, indem zwei Zeugen deponiren, daß der Beklagte den von ihm erwählten Sachverständigen Bummerstedt die Rechnung des Klägers vorgelegt und denselben ersucht habe, ihm bei Feststellung dieser Rechnung des Klägers beiräthig zu sein resp. das Amt eines Schiedsrichters zu übernehmen, was erkennen läßt, daß Beklagter zur Zeit als er mit dem Sachverständigen sprach, dessen Hülfe nur zur Feststellung der Lange'schen Rechnung in Aussicht nahm, wobei, da über die Zeit, wann diese Unterhaltung stattfand, nichts bestimmt erhellt, freilich nicht feststeht, daß der von den Zeugen bekundete Vorfall in eine Zeit nach dem Abschlusse der Uebereinkunft unter den Parteien fällt, ein sicherer Anhalt in Bezug auf diese daher nicht damit gewonnen wird.

War daher der Zweck der mündlichen Uebereinkunft der Parteien nur die Beilegung der unter ihnen obschwebenden Differenz und bezog sich diese nur darauf, ob dem Kläger der geforderte Betrag zu bezahlen sei oder weniger, so hätte dafür, daß eine über diesen Zweck hinausgehende Vereinbarung getroffen sei, vom Kläger Sachdienliches angeführt und dargethan werden müssen. Die Urkunde [3] reicht dazu nicht aus; denn daß damit die Parteien etwas Andres, als mündlich vereinbart worden, hätten feststellen wollen, ist nach dem, was über den Zweck der Unterzeichnung der Urkunde feststeht, den einer Beruhigung der Sachverständigen, im Zweifel nicht anzunehmen und der Wortlaut

der Urkunde ist, wie mehrerwähnt, mit dem vom Beklagten demselben beigelegten Sinne so vereinbar, wie mit dem, den der Kläger ihm beimißt. Der dem letzteren obliegende Beweis seiner Klagbehauptung ist danach in Beihalt der hervorgehobenen gegen seine Auffassung sprechenden Momente zwar einiger Maßen, aber nicht als zur Hälfte geführt zu erkennen.

77.

Hermann Stadtlander zu Bremen, Implorant, Aufhebung der gegen ihn verfügten Interdiction betreffend.

Urtheil vom 23. Januar 1879.

Die Aufhebung einer Interdiction rechtfertigt sich nur, wenn der Zustand der Besserung des Interdicirten durch seine Beschaffenheit und Dauer eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für bleibend wiedergewonnene Fähigkeit zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten darbietet.

Aus den Gründen:

Der gegenwärtige Zustand des Appellanten stellt sich nach den aktenmäßigen Ermittlungen und ärztlichen Begutachtungen als ein relativ günstiger dar. Der Appellant hält sich, ohne unter äußerem Zwange zu stehen, von dem Laster der Trunksucht frei, er lebt still, ordentlich und arbeitsam, und es sind im allgemeinen keine hervortretenden Zeichen von Wahnideen oder sonstiger Geistesstörung bemerkbar. Das Alles würde sehr wesentlich in's Gewicht fallen, wenn es sich um eine jetzt erst zu verhängende Interdiction handelte. Allein die Frage ist hier, ob eine Interdiction, welche im Jahre 1875 gegen den Appellanten wegen schwerer und gefährdender, auf Alkoholismus beruhender Geisteskrankheit verhängt wurde, schon jetzt wieder aufgehoben werden dürfe. Der §. 109 der Vormundschafts-Ordnung ermächtigt zur Wiederaufhebung, wenn der Interdicirte

„genesen sei". Darf dieser Ausdruck auch nicht so beschränkend aufgefaßt werden, daß jede Spur des früheren krankhaften Zustandes gänzlich verschwunden sein müsse, so ist im Sinne des Gesetzes doch immer zu verlangen, daß der Zustand des Interdicirten sich nicht bloß als eine vorübergehende und unsichere Besserung darstelle, sondern durch seine Beschaffenheit und seine Dauer eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für bleibend wieder gewonnene Fähigkeit zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten darbiete. Wenn nun die beiden ärztlichen Gutachten vom 24. October 1877 und vom 7. Mai 1878 übereinstimmend erklären, Appellant leide noch jetzt an einer durch Trunksucht verursachten krankhaften Alteration des Fühlens und Vorstellens und erscheine deshalb zur eigenen Wahrnehmung seiner Angelegenheiten noch nicht tauglich, und wenn sie daneben ihre Besorgniß kundgeben, daß bei Aufhebung der Interdiction sein Verhalten leicht wieder ein für sein und seiner Familie Wohl gefährdendes werden würde, so ist es keineswegs, wie der Appellant meint, lediglich die Furcht vor der Möglichkeit eines Rückfalls in die Trunksucht, welche sie bestimmte, für jetzt noch die Beibehaltung der Interdiction zu befürworten. Vielmehr spricht sich, wenn man die gesammte Beurtheilung zusammenfaßt, darin eben die Ueberzeugung aus, daß die in dem Zustand des Appellanten eingetretene Besserung, seitdem er sich auf freiem Fuße befindet, noch keine so entschiedene und sichere sei, um ihm eine voraussichtlich anhaltende Fähigkeit zur Besorgung seiner Angelegenheiten zutrauen zu können.

Wenn hiernach die bis zum obergerichtlichen Bescheide vom 21. Mai v. J. geführte Untersuchung keinen Grund zu einer Abänderung dieses Bescheides bietet, so fragt sich noch, ob etwa das spätere ärztliche Gutachten vom 6. Juli v. J. — [40] der Akten — ein anderes Ergebniß motivire. Obwohl der Appellant sich auf dieses spätere Gutachten nicht bezogen hat, so steht seiner Berücksichtigung doch kein formelles Bedenken entgegen, da es in Folge der vom Appellanten gegen den Bescheid vom 21. Mai v. Js. erhobenen Remonstration erfordert worden ist, also eine nachträgliche Ergänzung der Untersuchung bildet, wie sie auch noch von hier aus hätte veranlaßt werden können. Der Inhalt dieses letzten Gutachtens ist nun allerdings, soviel den unmittelbaren Eindruck

der Gegenwart betrifft, für den Appellanten noch etwas günstiger, als die früheren. Es wird in Bezug auf den geistigen Zustand des Appellanten, sein Gefühlsleben und seine Verstandes-Thätigkeit, ein weiterer Fortschritt constatirt, und am Schluß ausgesprochen, daß die Hoffnung auf gänzliche Genesung und die Möglichkeit künftiger Aufhebung der Interdiction festgehalten werden müsse. Allein nach unverkennbar sorgfältiger Beobachtung wird doch auch hier erklärt, daß diese Genesung noch nicht vollendet sei. Es wurden nicht nur mehrere körperliche Gebrechen wahrgenommen, sondern in Bezug auf die Beurtheilung der eigenen Vergangenheit wurde auch gefunden, daß Appellant noch nicht zu voller geistiger Freiheit und Klarheit hierdurch gedrungen, vielmehr noch in einer Wahnidee befangen sei. Beides aber stellte sich nach der Ueberzeugung der Aerzte als Ueberrest und Fortwirkung des früheren krankhaften Zustandes dar. Wenn sich daher auch nach diesem Gutachten die Hoffnung auf völlige Genesung verstärkt hat und erwartet werden darf, daß eine unveränderte Fortführung der jetzigen Lebensweise des Appellanten die Freigebung desselben in nicht allzu ferner Zeit gestatten wird, so kann zur Zeit doch der Zustand des Appellanten noch nicht als ein solcher anerkannt werden, welcher genügende Wahrscheinlichkeit für eine andauernd normale Geistesthätigkeit desselben darböte und daher die Aufhebung der Interdiction schon jetzt rechtfertigte.

78.

Johannes Achelis, Johann David Herkloß und Thomas Achelis Wittwe, als Interessenten der Doventhors-Lohmühle zu Bremen, Kläger, wider 1., Charles Kind zu Achim, jetzt nach dessen Tode dessen Erben die Mitbeklagten Betty und Anna Kind, 2., Betty Kind zu Achim, 3., Anna Kind daselbst, 4., Gesine Kind zu Bremen, 5., Ludwig Voget Ehefrau Auguste geb. Kind zu Bremen, 6., Carl Spelten Ehefrau Johanne geb. Kind zu Boppard, 7., Emil Frank Ehefrau Emilie geb. Kind zu

Lobos, 8., Bernhard Kind zu Nueva Palmira, Beklagte, wegen Antheils an der Doventhors-Lohmühle.

Urtheil vom 25. Januar 1879.

Die Interessentschaft der Doventhors-Lohmühle läßt sich nicht aus dem Gesichtspunkte einer römischrechtlichen Societät beurtheilen.

Abgesehen von besonderen, in den Statuten der Interessentschaft speciell vorgesehenen Fällen succedirt beim Tode eines Interessenten vermöge Singularsuccession in den Mühlenpart desselben derjenige Leibeserbe, welcher die Gerberei des Verstorbenen in dessen Hause fortsetzen will.

Aus den Gründen:

Mit der angestellten Klage versuchen die Kläger als Mitglieder der Interessentschaft der Doventhors-Lohmühle die Beklagten als Leibeserben eines verstorbenen Mitinteressenten von jeder Theilnahme an jener Interessentschaft oder jedem Anspruche auf eine solche auszuschließen und beantragen mit dem ersten der von ihnen gestellten drei Klaggesuche, die Beklagten zu verurtheilen:

> anzuerkennen, daß ihnen eine Antheilsberechtigung an der Genossenschaft der Interessentschaft der Doventhors-Lohmühle, ein sogenannter Mühlenpart nicht zustehe.

Ob nach dem jetzigen Rechtszustande eine derartige auf Anerkennung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses gerichtete Klage überhaupt für zulässig zu achten sei, unterliegt an sich bereits den erheblichsten Bedenken.

Von der näheren Prüfung dieser Frage konnte indessen im vorliegenden Falle abgesehen werden, wie denn auch die über die Activlegitimation der Kläger von den Beklagten nach verschiedenen Richtungen aufgeworfenen Zweifel eine nähere Widerlegung nicht erforderlich machten, da wenigstens zur Zeit aus den von den Klägern beigebrachten Thatsachen und vorgelegten Urkunden keineswegs, wie jene behaupten, zu entnehmen ist, daß die Beklagten von einem jeden Anrechte an die klägerische Interessentschaft, so weit dasselbe über die zugestandene Rückforderung des Eintritts-

geldes mit 10 Thlr. hinausgeht, ausgeschlossen seien und die Klage deshalb zur Zeit wenigstens als unbegründet zurück zu weisen war.

Aus diesem Grunde ist auch nicht erforderlich, auf die Frage nach der Authenticität und Verbindlichkeit des sogenannten Statuts von 1767 des Näheren einzugehen und zu untersuchen, in wie weit die Kläger den Beklagten gegenüber auf dasselbe sich zu berufen berechtigt sind; denn jedenfalls müssen erstere dasselbe, da sie selbst es producirt und auf dasselbe sich berufen haben, in allen seinen Theilen wenigstens gegen sich selbst gelten lassen.

Nun kann aber die Interessentschaft der Doventhors-Lohmühle, als deren Mitglieder die Kläger aufgetreten sind, nach allem, was die Parteien über dieselbe vorgebracht haben und was aus den beigebrachten Urkunden von 1767 und 1798 hervorgeht, namentlich wegen des Ausschlusses der Theilung, der Verbindung der in ihr enthaltenen Berechtigung der einzelnen Mitglieder mit gewissen gewerblichen Einrichtungen und Häusern, wegen der unter gewissen Voraussetzungen festgesetzten Vererblichkeit der Mitgliedschaft oder des Rechts auf den Eintritt in die Vereinigung, so wie der auf viele Generationen berechneten, durch den Austritt einzelner Mitglieder überall nicht berührten Dauer derselben niemals mit Recht aus dem Gesichtspunkte einer römischrechtlichen Societät, selbst die Möglichkeit deutschrechtlicher Modifikationen einer solchen zugestanden, angesehen werden, da jene einzelnen angegebenen Bestimmungen mit ihren nothwendigen Folgen die rechtliche Grundlage jenes römischrechtlichen Rechtsverhältnisses derartig verändern würden, daß das Ergebniß eben ein durchaus verschiedenes Rechtsinstitut sein muß, auf welches auch im Uebrigen die Rechtssätze einer römischrechtlichen societas überall nicht oder doch nur in beschränkter Weise zur Anwendung gebracht werden könnten.

In wie weit eine derartig geordnete Vereinigung als eine Corporation oder deutschrechtliche Genossenschaft aufzufassen, oder wie dieselbe sonst rechtlich zu konstruiren sei, kann hier jedoch dahin gestellt bleiben, da es einerseits genügt, wenn mit der Abweisung einer Anwendbarkeit der römisch rechtlichen Bestimmungen der Societät im allgemeinen auch der Satz beseitigt wird, daß mit dem Tode eines Interessenten die Societät sich auflöst oder wenigstens

dessen Mitgliedschaft ohne die Möglichkeit eines Uebergangs auf die Erben oder einen derselben untergeht, da andererseits aber die besonderen Verhältnisse der jetzt in Frage stehenden Vereinigung, so weit sie für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits nothwendig sind, aus den vorgelegten Vereinbarnngen der Interessenten genügend entnommen werden können.

Nach dem Inhalte der Statuten ist das Recht der Theilnahme an der Interessentschaft, der sogenannte Mühlenpart, nicht an die Person des jeweiligen Interessenten geknüpft. Das sagt schon der §. 1 der Statuten von 1767, nach welchem das Mühlenrecht „bei den Häusern und Gerbereien der jetzigen Interessenten“ bleiben soll und mit diesen auf eins der Kinder oder auch auf einen fremden Lohgerber übertragen werden kann. Wird von den Erben das Haus an einen anderen als einen Lohgerber verkauft, so erhalten die Erben das Eintrittsgeld von 10 Thlr. zurück und scheiden als Interessenten aus.

Im §. 2 derselben Statuten wird sodann gesagt: das Mühlenrecht sei bei den Gerbereien an einen Meister erblich.

In den Statuten von 1798 wurde nun zunächst in §. 2 verordnet, daß, obwohl fortan bei einer Gerberei dauernd nur ein Part sein sollte, jeder Interessent doch einen seiner Söhne als Mitinteressenten einbringen dürfe, einerlei, ob dieser bei dem Vater im Hause oder selbstständig etablirt sei. Beim Tode des Vaters solle dann aber, wenn der Sohn bei diesem im Hause sei und dessen Geschäfte fortsetze, der elterliche Part heimfallen; anderenfalls, wenn der Sohn außerhalb des väterlichen Hauses etablirt sei, vererbt dagegen der väterliche Part auf einen Sohn oder Tochter, der oder die das väterliche Geschäft fortsetzen will. So wird dann auch im §. 3 gesagt, daß an den Gerbereien nur ein Part erblich sei.

Zugegeben kann dabei durchaus werden, daß dieser Ausdruck „erblich sein“ nicht nothwendig, ja auch vielleicht nicht einmal wahrscheinlich von einer wirklichen allgemeinen erbrechtlichen Succession des Kindes oder der Kinder eines verstorbenen Interessenten verstanden oder zu verstehen ist, sondern vielmehr nur auf eine Singularsuccession desjenigen, welcher demnächst die Gerberei des verstorbenen Interessenten in dessen Hause fortsetzen will oder sogar

nur auf einen Anspruch dieser Person gedeutet werden darf, nach welchem dieselbe an Stelle des durch den Tod ausgeschiedenen Mitgliedes in die Interessentschaft aufgenommen werden muß.

Im vorliegenden Falle, in welchem nun nicht etwa von den Klägern behauptet ist, daß der verstorbene Bernhard Kind bei seiner Lebenszeit einen Sohn in die Interessentschaft eingebracht habe, welcher bei dem Tode des Vaters in dessen Hause die Gerberei fortsetzte, kann daher von einem Heimfalle des Mühlenparts nicht wohl die Rede sein, sondern es tritt dessen erblicher Uebergang, gleichviel in welcher der eben bezeichneten Möglichkeiten, auf einen Sohn oder eine Tochter des Verstorbenen ein, welche die Gerberei in dessen Hause fortsetzen will.

Gerade wegen dieser bei Leibeserben stets mit Ausnahme eines beim Tode des Vaters bereits in die Interessentschaft aufgenommenen und die Gerberei im elterlichen Hause betreibenden Sohnes frei bleibenden Möglichkeit einer Succession in das Recht des verstorbenen Interessenten ist dann im §. 4 der Statuten von 1798 ausdrücklich ein Unterschied zwischen Leibeserben und anderen Erben gemacht und gerade die Beschränkung der Letzteren auf die Rückforderung der Eintrittsgelder mit Rückfall des Mühlenparts rechtfertigt für den entgegengesetzten Fall des Vorhandenseins von Leibeserben auch die Annahme einer entgegengesetzten Wirkung, also daß der Mühlenpart nicht an die Mühle zurückfällt, sondern vererbt und zwar, wie im Uebrigen nicht zu bezweifeln ist, dergestalt, daß einer der Leibeserben, der das Geschäft fortsetzt, auch in den Mühlenpart succedirt. Wer das sei, kann im Momente des Erbfalls noch zweifelhaft sein, sei es weil mehrere unter den Erben sich dem Lohgerbergewerbe gewidmet haben, sei es daß es bisher Keiner gethan hat, also z. B. die Kinder noch nicht erwachsen sind, und das Geschäft bis auf Weiteres für deren gemeinsame Rechnung fortgeführt werden soll. Erst wenn feststeht, daß keiner der Erben das Geschäft fortsetzen kann oder will, wird der Mühlenpart für heimgefallen betrachtet werden dürfen. Eine präklusive Frist für die Abgabe einer Erkärung, das Geschäft fortsetzen zu wollen, giebt es nach den vorgelegten Statuten nicht, und gerade in Betracht dieses bisherigen Mangels haben die Interessenten in dem Project gebliebenen Entwurfe von Statuten

aus den funfziger Jahren [34] der Untergerichts-Akten eine bestimmte Frist einzuführen versucht. Auch kann gegen die Leibes-Erben eines verstorbenen Interessenten niemals der Satz des §. 4

„ist einer der nicht mehr mahlen läßt, so hat er 10 Thlr.
„von der Mühle für sein Anrecht zu empfangen"

zur Anwendung gebracht werden, denn mag man denselben auch verstehen, wie man will, er spricht ganz entschieden nach dem Zusammenhange, in welchem er steht, nur von einem, der bereits wirklicher Interessent der Mühle war, und als solcher aufgehört hat mahlen zu lassen, nicht aber von den Leibes-Erben eines verstorbenen Interessenten, welche das Mahlrecht ihres verstorbenen Ascendenten noch nicht ausgeübt haben. Es kann deshalb auch der rechtskräftigen Entscheidung in dem früheren Rechtsstreite der Interessenten der Doventhors-Lohmühle gegen den beklagtischen Ascendenten Bernhard Kind niemals ein weiterer Einfluß für den jetzigen Rechtsstreit beigelegt werden, als daß die Kläger durch dieselbe gezwungen sind, den verstorbenen Bernhard Kind als einen solchen gelten zu lassen, welcher bis zu seinem Tode ein berechtigtes Mitglied der Interessentschaft war, woraus dann für die Beklagten nur die unbestreitbare, aber von den Klägern auch wohl gar nicht bestrittene Eigenschaft von Leibes-Erben eines verstorbenen Interessenten sich ergiebt.

Stehen solchen aber unter Umständen, deren Eintritt im vorliegenden Falle nach den von den Klägern in den beiden Vorinstanzen vorgetragenen Thatsachen noch keineswegs ausgeschlossen ist, möglicherweise Rechte auf einen Mühlenpart zu, wie oben ausgeführt ist, so müßte bis dahin und zur Zeit das erste Klagegesuch als unbegründet zurückgewiesen werden und damit ergiebt sich auch zugleich der Wegfall des zweiten und dritten Klagantrags, welche der Sache, wie der Darstellung der Kläger nach sich nur als Folgen des ersten Antrages und ohne eigene Selbständigkeit darstellen.

79.

Mendel Emanuel Stern und Diedrich Frundt zu Bremen, Kläger, wider die Bremer Brauerei, John, Morisse & Schöner und Schomburg & Co. zu Bremen, Beklagte, wegen Forderung.

Urtheil vom 7. Juni 1879.

In Fällen nicht verbetener Aftervermiethung sind schadenbringende Handlungen des Aftermiethers an der vermietheten Sache nicht ohne weiteres rechtlich als eigene Handlungen des Miethers zu betrachten und zu behandeln.

Der Miether haftet dem Vermiether für solchen Schaden aus der lex Aquilia nur dann, wenn ihm ein ihm zur Last fallendes eigenes Verschulden dargelegt und nachgewiesen wird.

Mit der Contractsklage ist er zu belangen, wenn ihm bei der Zulassung oder bei dem Verhalten des Aftermiethers ein solcher Grad der Unaufmerksamkeit vorgeworfen werden kann, daß das fremde schädliche Handeln rechtlich als sein eigenes gelten darf.

Behufs Begründung der Contractsklage genügt zwar die Darlegung der Pflichten des Miethers; jedoch dergestalt, daß aus derselben ersehen werden könne, in welcher Weise der Vermiether beabsichtigt, den Miether für die schadenbringenden Handlungen des Aftermiethers verantwortlich zu machen.

Aus den Gründen:

Die Klage ist zwar ursprünglich auf Aufhebung des Miethverhältnisses wegen Mißbrauchs und Erstattung des entstandenen Schadens gerichtet gewesen. Nachdem jedoch das Niedergericht die Klage ganz abgewiesen und das Obergericht auf die klägerische Appellation das Erkenntniß nur insoweit es den Schadensersatz betraf, abgeändert und den Klägern zu dessen Begründung Beweis nachgelassen hat, ist ersichtlich, daß für eine Appellation der Beklagten wegen jenes Theiles des klägerischen Anspruchs, der sich

auf die Aufhebung des Miethverhältnisses bezieht, überall gar kein Raum war, und daß die desfallsigen Aeußerungen des beklagtischen Anwalts im jetzigen Libell nur auf einem Uebersehen beruhen.

Es steht vielmehr nur allein noch der wegen Beschädigung bezw. ungeeigneter Benutzung des vermietheten Lokales von Seiten des Klägers geforderte Schadensersatz zur Entscheidung und in dieser Beziehung muß die Appellation wesentlich von der Beantwortung der Frage abhängen, in wie weit der Miether bei nicht verbetener Aftervermiethung für die Handlungen des Aftermiethers einzustehen hat, und was zur Substantiirung einer derartigen Klage gegen die Miether aus beschädigenden Handlungen des Aftermiethers erforderlich ist.

Für schadenbringende Handlungen an der vermietheten Sache haftet der Miether nicht nur ex locato, sondern auch aus der lex Aquilia.

l. 25. §. 5, l. 43 locati conducti 19, 2.

Allein, daß eine solche Klage nicht hat angestellt werden sollen, oder, wenn dies dennoch der Fall wäre, daß dieselbe wegen Mangels genügender Substantiirung abzuweisen wäre, folgt sofort daraus, daß es in dem klägerischen Vorbringen an jeder Behauptung irgend eines den Beklagten zur Last fallenden Verschuldens fehlt, wie eine solche doch zur Begründung einer Klage aus der lex Aquilia erfordert werden müßte.

Es kann sich also nur um die contractliche Schadensersatzpflicht der beklagten Miether handeln, und in dieser Hinsicht ist die Frage von den beiden Vorinstanzen und den Parteien zu speciell gestellt, wenn direct untersucht wird, in welcher Weise der Miether für schadenbringende Handlungen des Aftermiethers hafte. Denn da keineswegs der Fall einer verbotenen Aftervermiethung vorliegt, in welchem allerdings schon aus der mit derselben eingetragenen Vertragsverletzung ein Schadensersatzverpflichtung begründet wird, sondern nur eine durchaus zulässige Benutzungsweise des Miethers durch Aftervermiethung vorgenommen ist, steht die Haftung des Miethers für schadenbringende Handlungen des Aftermiethers nur unter den allgemeinen Grundsätzen über Haftung des Miethers für solche Handlungen dritter Personen, welche der Miether in sonst erlaubter Weise in das gemiethete Object eingeführt hat.

Daß der Miether für die schadenbringenden Handlungen solcher Personen einzustehen hat, wenn er contractswidrig die Veranlassung zur Möglichkeit einer solchen Beschädigung gegeben oder wenn er dieselbe durch Aufmerksamkeit und Sorgfalt hätte abwenden können oder wenn er bei der Auswahl und Aufsicht derjenigen Personen, deren er sich zum Gebrauche der gemietheten Sache bedient oder denen er sie anvertraut und die er in ein gemiethetes Gebäude eingeführt oder darin gehabt hat, sich einer Nachlässigkeit schuldig gemacht hat, darüber lassen die Quellen allerdings keinen Zweifel obwalten.

l. 11. pr. und §. 4, l. 12, l. 30 §. 2 und 4 loc. cond. 19, 2.
l. 27. §. 11 ad legem Aquiliam 9, 2.

Allein sobald vom Vermiether gegen den Miether eine contractliche Schadensersatzpflicht geltend gemacht wird, ist dennoch zu unterscheiden, ob eigene Handlungen oder Unterlassungen des Miethers, durch welche die behaupteten Schäden dem vermietheten Grundstücke zugefügt sein sollen, in Frage stehen, oder ob es sich handelt von schadenbringenden Handlungen solcher Personen, quas conductor induxerit in fundum, also auch eines Aftermiethers.

Im ersteren Falle nämlich genügt zur Substantiirung der Klage und demnächst zur Beweisauflage allerdings eine solche Anführung von Beschädigungen, wie sie im vorliegenden Falle von den Klägern vorgebracht ist, und es würde dann den Beklagten die nähere Begründung und der Beweis ihrer Schuldlosigkeit obliegen.

Im zweiten Falle dagegen können die schadenbringenden Handlungen der vom Miether in das Grundstück eingeführten Personen keineswegs ohne weiteres als eigene Handlungen des Miethers selbst angesehen und behandelt werden. Denn die Zulassung solcher Personen wie des Aftermiethers zur Benutzung und Fruchtgenuß des Grundstücks hat nicht von selbst den Sinn, daß der Miether schlechthin für den Erfolg des Benehmens dieser Personen einstehen wolle. Er haftet für dieselben eben nach den obigen Quellenzeugnissen nur bedingungsweise, wenn ihm bei der Zulassung überhaupt oder bei dem Verhalten jener Personen eine solche Art und ein solcher Grad der Unaufmerksamkeit vorgeworfen werden kann, daß dann allerdings das fremde schädliche Handeln rechtlich als sein eigenes Handeln gelten darf.

In einem solchen Falle aber hat der Vermiether in seiner Contractsklage alle diejenigen Momente darzulegen, welche unter diesen besonderen Umständen die Art und Summe des pflichtmäßigen Verhaltens des Miethers kennzeichnen.

Zwar darf man nicht eigentlich sagen, daß der Vermiether die culpa des Miethers bei Zulassung und Ueberwachung des Aftermiethers darzulegen und zu beweisen habe. Denn den Vermiether trifft bei der Contractsklage immer nur die Darlegung der Pflichten des Miethers und diesen trifft auch hier die Ausführung und der Beweis, daß er den ihm in concreto obliegenden Verbindlichkeiten nachgekommen sei oder, was dasselbe ist, daß er unter den besonderen Umständen außer Schuld und Verantwortlichkeit stehe. Allein unter den besonderen Umständen der durch solche dritte Personen herbeigeführten Beschädigungen muß nothwendig der Umfang der vom Kläger zu gebenden Darlegung des dem Miether obliegenden pflichtmäßigen Verhaltens wachsen, um aus derselben überhaupt ersehen zu können, in welcher Weise eigentlich der Kläger beabsichtigt oder gewillt ist, den Miether für jene Handlungen der dritten Personen verantwortlich zu machen.

Im vorliegenden Falle ist jedoch in der Klage und in der Replik von allem diesem durchaus nichts wahrzunehmen. In ersterer sprechen die Kläger überall nur von den angeblich schadenbringenden Handlungen als eigenen der Beklagten und in der Replik tragen sie auf die thatsächliche und insoweit von ihnen eingeräumte Darstellung der Beklagten über die Aftervermiethung durchaus nichts Neues vor, was in irgend einer Weise geeignet wäre, die nunmehr auf Handlungen des Aftermiethers zurückzuführenden Beschädigungen rechtlich als eigene Handlungen der Beklagten und unter ihre Verantwortlichkeit fallend ansehen zu lassen.

Sie bemängeln weder die Person des Aftermiethers noch machen sie auch nur die leiseste Andeutung darüber, in welcher Weise die Beklagten im Stande oder nach ihrer, der Kläger, Ansicht verpflichtet gewesen wären, durch Aufwendung einer irgendwie gearteten Aufsicht und Sorgfalt die Handlungsweise des Aftermiethers abzuwenden. Im Gegentheile sie stellen sich — wie namentlich auch die Rechtfertigung der Beschwerden in zweiter Instanz zeigt —, auf

den unberechtigten Standpunkt, die Handlungen des Aftermiethers schlechthin als eigene der Beklagten rechtlich behandeln zu dürfen. Auch ist aus den Akten namentlich nicht ersichtlich, daß die Kläger in irgend einer Weise diejenigen Thatsachen vorgebracht hätten, welche das Obergericht in seinen Entscheidungsgründen als wahrscheinlich ansieht und aus denen es die Berechtigung ableitet, in Betreff der Beklagten eine derartige Beurtheilung eintreten zu lassen, welche diesen den angeblich eingetretenen Beschädigungen gegenüber ohne weiteres und von vornherein die Verantwortlichkeit und Exkulpationspflicht auferlegt.

War daher die Klage, wie sie angestellt ist, als ungenügend substantiirt anzusehen, so rechtfertigt sich nicht die vom Obergerichte verfügte Beweisauflage, vielmehr war die Klage zwar nicht wie mit der Beschwerde gebeten und vom Untergerichte geschehen, definitiv, wohl aber angebrachter Maßen abzuweisen.

80.

Friedrich Bartholomaeus Ulrichs zu Newyork und Anna Ulrichs zu Hall, Kläger, wider Carl Bartholomaeus Thomas Wilkens, Heinrich August Wilkens und Johann Heinrich Wilkens Wittwe geb. Perthes zu Bremen, Beklagte, ein Grundstück in Schwachhausen betreffend.

Urtheil vom 14. Juni 1879.

Nach der Verordnung vom 23. Januar 1826 betreffend die Aufhebung des 29. Statuts sind Verträge, welche die Uebertragung von Grundeigenthum im Landgebiete betreffen, in Ermanglung der landherrlichen Bestätigung nichtig.

Unzulässige Klagänderung.

Zur Begründung der condictio sine causa reicht die Behauptung, daß der Kläger, da ihm die eigentliche causa des Rechtsgeschäfts unbekannt sei, annehmen müsse, daß es an einer solchen causa überhaupt gefehlt habe, nicht aus.

Aus den Gründen:

Wenn die Kläger ihr Gesuch auf Rückübertragung des Eigenthums an dem betreffenden Grundstücke darauf stützen, daß unter den mehreren Miterben der Eheleute Bartholomaeus Ulrichs sen. im Jahre 1845 eine Vereinbarung vertragsweise getroffen sei, nach welcher dieselben die fragliche Parcelle der klägerischen Mutter aus der gemeinschaftlichen Erbschaft zum Alleineigenthum überwiesen hätten und eine fernere, nach welcher dies Grundstück nebst mehreren anderen dem Vater und Schwiegervater der Beklagten unter der Verpflichtung gelassen sei, dasselbe jederzeit auf Verlangen ohne Gegenleistung der Mutter der Kläger oder deren Erben zurück zu lassen, so sind diese beiden Vereinbarungen ganz unbedenklich als Verträge anzusehen, welche die Uebertragung von Grundeigenthum befassen, und ist also, da dies Grundeigenthum im Gebiete belegen ist, zu deren Gültigkeit die landherrliche Bestätigung erforderlich, welche für alle Grundeigenthum im Gebiete befasseuden Verträge durch den §. 10 der Verordnung vom 23. Janr. 1826 betreffend die Aufhebung des Statuts 29 bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben wird. Da diese Bestätigung indessen fehlt, ist ganz nothwedig jeder Anspruch aus den Verträgen auf deren Erfüllung ausgeschlossen.

Wie es möglich sein könnte, daß diese Nichtigkeit der im Jahre 1845 angeblich getroffenen Vereinbarungen oder einer derselben dadurch beseitigt werden sollte, daß im Jahre 1876 durch den §. 1 des Gesetzes vom 14. Januar betreffend die Rechtsverhältnisse des Grundeigenthums im Landgebiete jene Bestimmung der Verordnung von 1826 aufgehoben wurde, ist eben so wenig abzusehen, als auch nur mit irgend einem Scheine Rechtens dafür etwas angeführt werden könnte, daß der unter den Erben der Eheleute Bartholomaeus Ulrichs sen. abgeschlossene s. g. Erbvergleich deshalb rechtsverbindlich geworden sei, weil der über die fraglichen Parcellen mit dem Vater und Schwiegervater der Beklagten abgeschlossene Kaufvertrag wegen Simulation für nichtig gehalten werden müsse, wenngleich auf der andern Seite allerdings die zu diesem letzteren Vertrage hinzugekommene landherrliche Genehmigung weder nach allgemeinen Grundsätzen noch insbesondere nach dem speciellen Inhalte derselben einem innerlich

ungültigen Rechtsgeschäfte rechtliche Wirksamkeit würde verleihen können.

Die in dieser Richtung im Libell gegenwärtiger Instanz gegebenen Ausführungen sind daher zur Begründung der angestellten Klage unzureichend und wenn in demselben ferner die Behauptung aufgestellt wird, der Erblasser der Beklagten habe als ohne materiellen Rechtsgrund besitzend weder selbst noch jetzt die Beklagten als dessen Erben Eigenthümer der fraglichen Parcelle bleiben können, so stellt dieses Vorbringen die Klage auf einen von dem bisherigen durchaus verschiedenen Rechtsgrund, indem dann nicht mehr aus den betreffenden Verträgen auf deren Erfüllung, sondern wegen Unverbindlichkeit des der Lassung zum Grunde liegenden materiellen Geschäfts auf Rückgabe des in Folge desselben Geleisteten geklagt sein würde.

Ein solcher Anspruch würde aber nie über den ursprünglichen Erbtheil der Kläger hinaus wirksam sein können und wie er geltend gemacht ist, als durchaus unsubstantiirt zurückgewiesen werden müssen, weil es auch abgesehen davon, daß die Beklagten mit der Lassung und dem in derselben enthaltenen Kaufvertrage eine materielle causa des Eigenthumserwerbs ihres Erblassers vorgebracht haben, welcher gegenüber die Kläger ausweislich der Akten erster Instanz es an jeder ihnen obliegenden Anfechtung haben fehlen lassen, zur Begründung einer condictio sine causa niemals ausreichen kann, wenn, wie im vorliegenden Falle von den Klägern geschehen ist, nur behauptet wird, daß ihnen die eigentliche causa und der Grund des betreffenden Rechtsgeschäfts unbekannt sei und sie daher annehmen mußten, daß es an einer solchen causa überhaupt gefehlt habe.

81.

Hans Christian Petersen Wwe. zu Bremen, Klägerin, wider Ernestine geb. Baumgarten, des Peter Diedrich Holländer getr. Ehefrau zu Bremen, Beklagte wegen verschiedener Ansprüche.

Urtheil vom 29. Juli 1879.

Der Eigenthumsklage kann eine aus einem obligatorischen Schenkungsvertrage hergenommene exceptio rei donatae mit Erfolg entgegengesetzt werden.

Der Schenker einer fremden species haftet an und für sich nur dann, wenn die Sache als fremde geschenkt ist. Auch wenn letzteres nicht der Fall, haftet er aber, sobald er in die Lage kommt, dem Schenknehmer ohne irgend eine weitere Aufwendung die Sache verschaffen zu können.

Gegenüber der Behauptung der Schenkung von Sachen kann die Einrede der mangelnden Insinuation nur dann berücksichtigt werden, wenn der Geldwerth der einzelnen Sachen angegeben und damit die Quote, zu welcher die Schenkung nichtig ist, bezeichnet wird.

Aus den Gründen:

Die Beschwerden der Beklagten bezogen sich auf den von der Klägerin auf Auslieferung, bezw. Ersatz, von Mobilien erhobenen Anspruch, soweit die Beklagte deren Besitz zugestanden und sich einredenweise auf die ihr angeblich von dem verstorbenen Ehemanne der Klägerin zu Theil gewordene Schenkung berufen hat. Die Beschwerden 1 und 2 stellen zusammen das principale Verlangen der Beklagten dar, gerichtet auf ein Beweisinterlocut, welches für sie noch günstiger sein würde als das des Untergerichts, indem letzteres in erster Reihe ihr den Beweis ihrer Einrede auferlegt hatte, nunmehr aber die Beklagte in erster Reihe die Klägerin mit dem Beweise des Klaggrundes belastet, und sich selbst hiergegen nur den Einredebeweis nachgelassen wissen will; die dritte Beschwerde ist im Verhältnisse zu den zu verbindenden beiden ersten eventuell und nur auf Wiederherstellung des Untergerichts-Erkenntnisses gerichtet.

A. Vor Allem mußte nun das principale Begehren der Beklagten als formell unzulässig verworfen werden, da in Folge der Unterlassung einer Appellation gegen das erstinstanzliche Erkenntniß das letztere rechtskräftig gegen die Beklagte als die äußerste Grenze dessen feststand, was sie zu ihren Gunsten noch erreichen konnte. Sie hat hiergegen freilich geltend gemacht, daß nachdem das Obergericht einmal den ihr nachgelassenen Einredebeweis beseitigt, zugleich aber ausgesprochen habe, daß, wenn auch von ihrer Seite eine Appellation vorgelegen hätte, dann vor Allem der Klägerin noch erst der Beweis ihres Klaggrundes aufzulegen gewesen sein

würde, sie nunmehr auch berechtigt sein müsse, diesen Gesichtspunkt auch jetzt noch durch Appellation zu verfolgen. Indessen wenn auch aus der eben erwähnten Sachlage vielleicht folgen möchte, daß das Obergericht von seinem Standpunkte aus nicht so weit, wie es gethan, zu Gunsten der Klägerin hätte reformiren, sondern sich vielmehr damit hätte begnügen sollen, gegen den der Beklagten vom Untergerichte nachgelassenen Einredebeweis der Klägerin, formell nunmehr als Replik, den Beweis ihres Klaggrundes vorzubehalten: so ist doch nicht im Geringsten abzusehen, inwiefern deswegen jetzt für den vorliegenden Fall die Wirkung der relativen Rechtskraft als ausgeschlossen gelten könnte.

B. Dagegen erschien die eventuelle Beschwerde als begründet. Sie ist gerichtet auf Wiederherstellung des Untergerichts-Erkenntnisses, also auf Wiederherstellung des Einredebeweises, daß der (verstorbene) klägerische Ehemann der Beklagten die in der Vernehmlassungsskizze S. 1—3 verzeichneten Sachen geschenkt habe: wobei dann von selbst folgen würde, daß die vom Untergericht der Klägerin nachgelassenen Replikenbeweise ebenfalls wieder aufleben müßten. Vor Allem war festzustellen, was in dem untergerichtlichen Beweissatze unter dem Worte „geschenkt" verstanden sei. Dasselbe könnte an sich entweder ein Schenkungsversprechen oder eine schenkungsweise erfolgte Eigenthumsübergabe oder die in Erfüllung eines Schenkungsversprechens erfolgte Eigenthumsübergabe, oder etwa auch Eines oder das Andere alternativ bedeuten. Aus den Entscheidungsgründen des Untergerichts in Zusammenhalt mit den Einredebehauptungen der Beklagten ging aber hervor, daß nur ein Schenkungsversprechen gemeint sei. Die Behauptung lautete in der Vernehmlassungsskizze zwar zunächst dahin, die Sachen seien der Beklagten vom Ehemanne der Klägerin geschenkt und tradirt: und Dies ist zweideutig, weil es fast eben so gut auf eine Schenkungstradition wie auf ein Schenkungsversprechen mit nachfolgender Erfüllung gehen kann. Es war aber sofort die Bezugnahme auf den Vertrag Anl. a. hinzu gefügt und weiter bemerkt, die Tradition sei auf Grund dieses Vertrages sogleich erfolgt d. h. also zwar unmittelbar nach dem Vertrage, aber doch eben erst nach dem Vertrage zur Erfüllung desselben: und der Vertrag Anl. a. enthält auch zweifellos ein Schenkungsversprechen, indem

von der Klägerin behauptet an — was hier dahin gestellt bleiben es dort in Art. 2 heißt: „Die Tradition soll sofort erfolgen." Das Untergericht hat nun auch, wie aus den Entscheidungsgründen desselben S. 4—6 hervor geht, die Behauptungen der Beklagten in diesem Sinne verstanden, dabei aber die Behauptung der Tradition wegen der Bestimmungen der Verordnung vom 25. August 1848 für unerheblich, und andererseits das bloße Schenkungsversprechen schon für ausreichend gehalten, um die Einrede zu begründen. Auf den Beweis dieses obligatorischen Vertrages hat es also erkennen wollen.

Im Uebrigen war

1., die jetzige Berufung der Beklagten auf Art. 306. Abs. 1 des Deutschen Handels-Gesetz-Buchs, in Verbindung mit §. 30 Abs. 1 der Bremischen Einführungs-Verordnung, allerdings schon deshalb nicht geeignet, das Verlangen einer Wiederherstellung des Untergerichts-Erkenntnisses als gerechtfertigt darzustellen, weil dieser Gesichtspunkt höchstens zur Nachlassung eines anderen Einredebeweises führen könnte, nämlich des der Uebergabe auf Grund Schenkungsvertrages.

Dagegen war

2., zunächst jedenfalls im Allgemeinen nicht zu bezweifeln, daß der Vindication eine aus einem obligatorischen Schenkungsvertrage hergenommene exc. doli oder exc. rei donatae opponirt werden könne nach Analogie der von der entsprechenden Exception aus einem Kaufvertrage redenden

l. 1 §. 5. D. de exc. r. vend. et trad. 21, 3 und l. 49 D. mand. 17, 1.
Vergl. Windscheid, Pandektenrecht Bd. 1 Aufl. 4 §. 197 Anm. 6 S. 622.

Freilich muß nach l. 1 §. 5 cit. wohl angenommen werden, daß bei fehlerhaftem Besitze des Beklagten die hier fragliche Einrede der Vindication gegenüber ausgeschlossen ist, im vorliegenden Falle fehlt es indessen an einer gehörig substantiirten Replik dieses Inhalts, indem die Behauptung, die Beklagte habe sich den Genuß der Sachen nach dem Tode des Ehemannes der Klägerin widerrechtlich angemaßt, dafür nicht gelten kann. Sah man nun a., auch die Zugehörigkeit der streitigen Sachen zu dem, sei es von der Klägerin als Beisitzwittwe verwalteten, sei es ausschließlich auf sie als Erbin übergegangenen, ehelichen Sammtgute als eventuell

konnte, — so war diesem Klaggrunde gegenüber das Durchgreifen der auf den von dem verstorbenen Ehemanne der Klägerin geschlossenen Schenkungsvertrag gestützten Einrede außer allem Zweifel.

b., Ging man davon aus, daß die vindicirten Sachen, wie die Klägerin jedenfalls behauptet hat, zu ihrem Sondergute gehören, so war so viel ganz gewiß, daß ihr Ehemann keineswegs vermöge der ihm überlassenen Verwaltung befugt gewesen sei, dieselben zu verschenken. Es fragte sich nur, ob nicht dennoch der Klägerin als Erbin ihres Mannes jetzt eine Einrede aus dem von diesem abgeschlossenen obligatorischen Vertrage entgegen gehalten werden könne.

Was die Controverse über die Haftung des Schenkers aus einem über eine fremde species geschlossenen Schenkungsvertrage im Allgemeinen anlangt, so sind die beiden vorigen Gerichte von der Ansicht ausgegangen, daß der Schenker regelmäßig nicht, vielmehr nur dann ausnahmsweise hafte, wenn die Sache als fremde geschenkt sei. Nur darin weichen sie von einander ab, daß in concreto das Untergericht zum Nachtheil der Klägerin deren Behauptung als maßgebend behandelt, daß ihr Ehemann vor der Schenkung der Beklagten mitgetheilt habe, die Sachen gehörten zum Sondergute der Klägerin, das Obergericht dagegen zum Nachtheile der Beklagten deren Bestreitung dieser klägerischen Behauptung. Jedoch kam es auf den letzteren Punkt nach richtiger Auffassung gar nicht an. Denn wenn auch der Schenker nach dem Sinne des Schenkungsvertrages in der Regel mit Grund die except. doli opponiren kann, falls der Schenknehmer etwas Weiteres von ihm verlangt als die Ueberlassung desjenigen Rechtes, das dem Schenker selbst an der geschenkten Sache zustehen mag, so muß dies doch eine Ausnahme erleiden, sobald der Schenker in die Lage kommt, dem Schenknehmer die Sachen verschaffen zu können, ohne selbst irgend eine weitere Aufwendung dafür machen zu müssen. In dieser Lage befindet sich nun aber des Schenkers Erbe, der selbst schon Eigenthümer der verschenkten Sache war: und aus diesem Grunde war in concreto dem Untergerichte beizutreten.

Die Einrede war also mit Recht vom Untergericht der Beklagten zum Beweise verstellt, und auch die formell wiederauflebende eventuelle Beschwerde der Klägerin aus voriger Instanz, daß nicht der Beklagten außerdem auch der Beweis der Tradition der Sachen

auferlegt sei, ist durch die vorigen Ausführungen schon widerlegt. 3., Da die Klägerin in voriger Instanz sich nicht etwa eventuell auch darüber beschwert hatte, daß ihr nicht der Beweis noch anderer Repliken, als der vom Untergerichte zugelassenen, freigestellt worden sei, so brauchte eigentlich auch jetzt auf diese Frage nicht eingegangen zu werden. Uebrigens stellte sich auch

a., die Replik, daß die Geistes- und Verstandeskräfte des Schenkers durch Trunk im höchsten Grade geschwächt gewesen seien, aus den Gründen des Untergerichts als unbeachtlich dar.

b., Die Replik der nicht insinuirten großen Schenkung war vom Untergericht allerdings aus einem Grunde verworfen worden, der für durchgreifend nicht erachtet werden konnte. Denn wenn sich aus dem Fehlen der gerichtlichen Insinuation auch, wie das Untergericht sagt, höchstens ein Miteigenthum der Parteien an den fraglichen Sachen, richtiger eine nur partielle Ungültigkeit des Schenkungsversprechens, ergeben würde, so hinderte dieser Umstand eben doch nicht, die Einrede der Schenkung zu der betreffenden Quote zu verwerfen. Daß aber die Ausflucht der Beklagten in der Duplik, die Sachen seien ihr nicht durch eine Schenkung, sondern nach und nach geschenkt, mit ihren eigenen thatsächlichen Angaben in der Vernehmlassung in Widerspruch stand, ist schon vom Obergericht beiläufig bemerkbar gemacht worden. Aber die Replik verdiente wegen Mangels gehöriger Substantiirung keine Beachtung, weil die Klägerin nicht angegeben hatte, welche Geldsumme die angeblich geschenkten Sachen werth gewesen seien, zu welcher Quote also die Schenkung wegen mangelnder Form nichtig sei, denn die Werthansätze in dem Verzeichnisse Anl. II zur Klage reichten hierfür nicht aus, da mit den einzelnen dort aufgeführten Posten von Sachen sich die angeblich geschenkten nicht überall decken. Aehnlich hat das Ober-Appellations-Gericht auch schon erkannt in der

Hamb. S. Jollasse c. Grieß, März 1877.

Zur Nachlassung weiterer Replikenbeweise lag also auch materiell keine Veranlassung vor.

Ex.L.E.B.

Druck von G. Hunckel in Bremen.